

# UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO  
Departamento de Derecho Penal



## TESIS DOCTORAL

**Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley  
orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad  
penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del  
menor infractor**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**María Sonsoles Vidal Herrero**

Director  
Antonio García-Pablos de Molina

**Madrid, 2015**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**CRÍTICA AL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR  
EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO,  
REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES  
HACIA UN «MODELO SOCIAL DE RESPONSABILIDAD»  
DEL MENOR INFRACTOR**

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDA: MARÍA SONSOLES VIDAL HERRERO-VIOR

DIRECTOR PROFESOR: Dr. D. ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

Madrid, 2014

**CRÍTICA AL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR  
EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO,  
REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES  
HACIA UN «MODELO SOCIAL DE RESPONSABILIDAD»  
DEL MENOR INFRACTOR**

**ÍNDICE**

<b>NOTA DEL AUTOR</b> .....	9
<b>ABREVIATURAS</b> .....	11
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	16
I. Introducción. ....	16
II. Objetivos. ....	17
III. Resultados. ....	18
IV. Conclusiones. ....	19
<b>ABSTRACT</b> .....	23
I. Introduction. ....	23
II. Objectives. ....	24
III. Results. ....	25
IV. Conclusions. ....	26
<b>I. CONTEXTO HISTÓRICO-DOCTRINAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL, COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR.</b> .....	29
1. Consideración preliminar. ....	29
2. Período anterior a la Codificación. ....	33
2.1. El Derecho primitivo. ....	33
2.2. La época romanizadora. ....	39
2.3. El Derecho canónico. ....	44
2.4. El Derecho visigodo y los Derechos forales. ....	47
2.5. Las Partidas. ....	51
2.6. El Derecho en la época de las Recopilaciones. ....	54
2.7. La Edad Moderna. ....	59
3. El principio de responsabilidad penal del menor en la codificación española. ....	65
3.1. Antecedentes históricos del movimiento codificador español. ....	65

3.2. Normativa preconstitucional.....	69
3.2.1. El Código Penal de 1822. ....	70
3.2.2. El Código Penal de 1848-1850.....	72
3.2.3. El Código Penal de 1870. ....	74
3.2.4. El Código Penal de 1928. ....	78
3.2.5. El Código Penal de 1932. ....	80
3.2.6. El Código Penal de 1944 y sus reformas: el «Texto Revisado de 1963» y el Texto Refundido de 1973. ....	84
3.3. La Constitución española de 1978. ....	86
3.4. Normativa posconstitucional. ....	89
3.4.1. El Código Penal de 1983. ....	89
3.4.2. El Código Penal de 1995. ....	94
<b>II. INTERVENCIÓN PENAL CON EL MENOR INFRACTOR COMO REACCIÓN FRENTE AL PROBLEMA SOCIAL DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.....</b>	<b>100</b>
4. La «peligrosidad de la conducta» del menor infractor, ratio essendi de la prohibición penal en el ámbito penal juvenil.....	100
5. Aspectos motivacionales y actitudinales en el menor infractor y su realidad social. La «curva de la edad». ....	105
6. Modelos de intervención con el menor infractor. ....	110
6.1. Corrientes inspiradas en el principio de «prevención especial». ....	110
6.2. El modelo «tutelar». ....	113
6.3. El modelo «educativo». ....	115
6.4. El modelo de «responsabilidad». ....	117
6.5. El modelo de las «4 D». ....	123
6.6. El modelo «integrador». ....	125
<b>III. CONTEXTO JURÍDICO-POSITIVO DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD QUE INSTAURA LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.....</b>	<b>128</b>
7. Marco normativo aplicable en España en materia de responsabilidad penal del menor infractor. ....	128
7.1. Normativa internacional y comunitaria. ....	128
7.2. Normativa nacional. ....	134
7.2.1. Marco jurídico vigente de protección del menor en peligro.....	135
7.2.2. Génesis de la elaboración de la «Ley del Menor» vigente. ....	139

7.2.2.1. Cuestiones de inconstitucionalidad. La doctrina del Tribunal Constitucional.....	140
7.2.2.2. La Ley Orgánica 4/1992, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.....	144
7.2.2.3. La Moción parlamentaria de 10 de mayo de 1994. ....	145
7.2.2.4. El Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995.....	146
7.2.2.5. Trámite parlamentario. Los proyectos de ley reguladores de la responsabilidad penal del menor .....	148
7.2.2.5.1. El Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996.....	149
7.2.2.5.2. La Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 26 de noviembre de 1996. ..	150
7.2.2.5.3. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997.....	151
7.2.2.5.4. El Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997. ....	152
7.2.2.5.5. El Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997.....	155
7.2.2.5.6. El Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 3 de noviembre de 1998.....	157
7.2.2.6. Aprobación definitiva de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. ....	158
8. Reflexiones a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, y la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, ambas de modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.....	160
8.1. La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo.....	164
8.2. La Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, en relación a la creación del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. ....	166
9. El Derecho penal de menores y la justicia juvenil actualmente vigentes.....	169
9.1. El principio resocializador, inspirador del derecho sustantivo, procesal y de ejecución de la LORRPM. ....	169

9.2. Bases de la responsabilidad penal del menor infractor. El contrapunto de la culpabilidad.....	173
9.2.1. Principios sustantivos de la responsabilidad penal del menor.....	177
9.2.1.1. El principio de responsabilidad penal del menor. ....	178
9.2.1.2. El principio de legalidad penal en su vertiente sustantiva. ....	181
9.2.1.2.1. Aspecto objetivo o formal: el principio de tipicidad. ....	181
9.2.1.2.2. Aspecto subjetivo o material: el principio de imputabilidad penal. ¿Una ficción jurídica? .....	184
9.2.1.3. El principio de intervención mínima.....	186
9.2.1.3.1. El principio acusatorio.....	189
9.2.1.3.2. El principio de oportunidad. ....	192
9.2.1.4. El principio de proporcionalidad.....	196
9.2.2. El Derecho procesal penal de menores. Garantías y principios procesales de la responsabilidad penal del menor infractor.....	198
9.2.2.1. El principio del interés superior del menor. ....	204
9.2.2.2. El principio de igualdad del menor ante la ley.....	206
9.2.2.3. El principio de especialidad. ....	210
9.2.2.4. El principio de legalidad penal con relación a la sanción y la ejecución de las medidas, y su consecuencia: el principio de proporcionalidad.....	212
<b>IV. ACIERTOS O DESACIERTOS DE LA TÉCNICA LEGAL EMPLEADA: UNA JUSTICIA OMNIABARCANTE.....</b>	<b>216</b>
10. Los fines del Derecho penal de menores y sus contradicciones.....	216
10.1. Incompatibilidad de la finalidad educativa con los principios y los fines del Derecho penal juvenil. ....	220
10.1.1. Un sistema alternativo de justicia juvenil de naturaleza formal preventivo-sancionadora pero materialmente sancionadora-educativa.....	224
10.1.2. Diferenciación de tramos de edad en el menor infractor en clave de evolución psicosocial, a efectos procesales y sancionadores. ....	228
10.1.3. Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales. Especial exigencia del interés superior del menor infractor, como epicentro del sistema y la prevención general. ....	232

10.1.4. Un marco flexible de justicia en la adopción y ejecución de las medidas según el caso concreto vs. Falta de asunción de la naturaleza penal de la ley con todas sus consecuencias.....	235
10.2. Luces y sombras de la legislación autonómica en materia de reforma de menores infractores.....	238
10.3. Especial consideración del derecho a la resocialización del menor infractor. Experiencia negativa del sistema.....	242
11. El desarrollo reglamentario de la ley de responsabilidad penal del menor: el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. Ejecución de medidas judiciales en la Comunidad de Madrid.....	247
<b>V. JUSTICIA REPARADORA Y DERECHO PENAL JUVENIL.....</b>	<b>250</b>
12. La justicia reparadora y el principio de oportunidad desde la perspectiva de los fines del Derecho penal y de la pena. ....	250
13. La responsabilidad social y el derecho penal mínimo coadyuvantes a la dimensión preventiva especial del Derecho penal.....	255
14. ¿Vulnera el modelo integrador de justicia los derechos fundamentales de las partes en conflicto?.....	260
15. Pedagogía de la mediación penal en el Derecho penal juvenil.....	266
15.1. La conciliación con la víctima. ....	273
15.2. La reparación del daño causado y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.....	278
16. La obligación de responder civilmente ex delicto, didáctica de la responsabilidad por los actos cometidos por el menor infractor. ....	281
17. El juez mediador y la función pacificadora del Derecho. La Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre la mediación en el ámbito penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. ....	284
<b>VI. INTERÉS CRIMINOLÓGICO Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LA ADOLESCENCIA ANTE LAS TICs. ....</b>	<b>289</b>
18. Redefinición de la sociedad moderna: la «aldea global» y «el universo digital». La influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en el menor de edad.....	289
19. Impacto de las TICs en el ámbito penal juvenil. Un botón de muestra. ....	295
20. Determinantes sociales de la delincuencia juvenil on line. ....	298

20.1. Defectuoso proceso de socialización del menor ante las TICs. Mal funcionamiento de los grupos primarios.....	303
20.2. La imagen, agente socializador de primera magnitud. ....	306
20.3. «Normalización» de la violencia en las TICs y sus causas.....	308
20.4. La «violencia potencial», nuevo concepto de violencia asociado a las TICs. ....	312
<b>VII. IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL MENOR DE EDAD Y EL DERECHO PENAL JUVENIL. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.....</b>	<b>316</b>
21. Repercusión social de la delincuencia juvenil a través de los medios digitales.	316
22. Contexto subjetivo del ciberdelincuente menor de edad. Un enfoque sistémico. ....	319
23. Factores de riesgo asociados a la delincuencia juvenil on line. Análisis empírico en la Comunidad de Madrid. ....	323
23.1. Preámbulo. ....	323
23.2. Trabajo de campo.....	326
23.2.1. Muestra e instrumentos de medida. ....	327
23.2.2. Procedimiento.....	328
23.2.3. Diseño del trabajo de campo. ....	329
23.2.4. Análisis de los datos obtenidos.....	330
23.2.5. Resultados.....	332
23.2.6. Discusión .....	333
<b>VIII. NUEVAS FORMAS DE DELINCUENCIA JUVENIL ASOCIADAS AL USO DE LA TECNOLOGÍA. TIPOLOGÍA DELICTIVA ON LINE MÁS FRECUENTE ENTRE LOS MENORES.....</b>	<b>335</b>
24. El ciberespacio, paraíso de libertades para la delincuencia on line.....	335
25. Una aproximación a la noción de ciberdelito. ....	338
25.1. El bien jurídico penal en el <i>ciberdelito</i> . ....	340
25.2. La «información», objeto material del «delito informático» <i>strictu sensu</i> . ....	344
25.3. El delito <i>on line</i> asociado al empleo de las TICs como medio de comisión del delito. «Agravante de publicidad» por razón del medio empleado. ....	347
26. Tipología delictiva juvenil on line más frecuente. ....	349
26.1. El <i>ciberacoso</i> o <i>cyberbullying</i> . ....	349
26.2. El <i>sexting</i> .....	353



26.3. El <i>ciberacoso sexual a menores</i> o <i>child grooming</i> .....	358
27. Los videojuegos, apología de la violencia y fuente generadora de violencia....	363
28. Adicción a las TICs y medidas de seguridad. El «botellón electrónico». ....	366
<b>IX. REFUERZO DE LAS LÍNEAS DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE DERECHO PENAL JUVENIL.</b> .....	371
29. Efectividad del interés superior del menor como principio inspirador y garantía de toda la normativa penal juvenil.....	371
30. Falsos planteamientos.....	375
30.1. Minoría de edad penal.....	375
30.2. Superprotección en la jurisdicción de menores. ....	380
30.3. «Intervenir» no es «internar». ....	384
31. Políticas preventivas vs. Populismo punitivo. ....	388
32. Rearme axiológico positivo. ....	391
<b>X. BASES DEL MODELO SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DEL MENOR INFRACTOR.</b> .....	394
33. Confirmación de la hipótesis de partida. ....	394
34. Subsidiariedad de la intervención legal y naturaleza mínima de la intervención penal. Los programas de intervención o diversion programmes con el menor infractor. ....	397
35. La sanción del menor infractor: el «castigo positivo».....	401
36. Conclusión.....	402
<b>CONCLUSIONES</b> .....	405
<b>PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i></b> .....	411
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	413
<b>NORMATIVA</b> .....	465
1. Normativa española. ....	465
2. Normativa internacional. ....	472
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	482
1. Jurisprudencia de ámbito internacional. ....	482
2. Jurisprudencia de ámbito nacional. ....	482

## NOTA DEL AUTOR

Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que me han animado a realizar esta Tesis Doctoral, avalada por mi trayectoria profesional como letrada de menores. En primer lugar, a mi maestro y director de la investigación, el Prof. Dr. D. Antonio García-Pablos de Molina, gran humanista, jurista de reconocido prestigio en nuestro país y buen conocedor de la realidad del menor infractor, quien fue redactor del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor de 1997, y que serviría de plantilla para la elaboración de la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; Comisión Técnica que fue dirigida por su buen amigo ya fallecido, el Prof. Dr. D. Francisco Bueno Arús. A él agradecerle su trato exquisito desde que tuve el gusto de conocerle en aquellas clases magistrales que impartía en los cursos de Doctorado, tantos momentos de compartir conmigo su sabiduría en el ámbito del Derecho Penal y la Criminología juvenil, la generosidad por el tiempo invertido, y el rigor metodológico con que ha ido marcando las etapas de la investigación. De idéntica forma al Prof. Dr. D. Fernando Santa Cecilia García, quien desde la sombra ha ido apuntalando este trabajo. A todos los ilustres miembros del Tribunal de esta Tesis: por su desinteresada disponibilidad. Y una mención especial a mis compañeras y entrañables amigas, la Prof. Dra. Dña. Nieves Martínez Francisco y Dña. Ascensión García Ruiz, con quienes comencé esta andadura, a quienes agradezco su constante estímulo.

Agradecer de forma especial a la Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor, dependiente de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sin cuya aportación no habría podido realizar el trabajo empírico y de campo incorporado a este trabajo. A Dña. Regina Otaola Muguerza, su Directora Gerente; a D. Luis González Cieza, Responsable del Área de Estudios, Programas y Formación; a D. Juan Francisco Franco Yagüe, Coordinador del Área de Menores en Conflicto Social; a Dña. M<sup>a</sup> José Vírveda Sanz, Jefa del Área de Expediente Único y todo su equipo (Almudena, Ana, Mar, Ana, Paca, Olga, Trini, Sera y Tomás). Cuántos momentos entrañables, impresiones y experiencias compartidas sobre la dura pero apasionante realidad del menor infractor.

Asimismo quiero tener un recuerdo especial para Olga Falcón López y M<sup>a</sup> del Mar Martínez de la Peña, que han puesto su dominio de la lengua inglesa a mi servicio para completar este trabajo.

Y cómo no, expresar mi más profundo agradecimiento a mis queridísimos padres y toda mi extensa familia, pieza fundamental para equilibrar y conciliar mi quehacer profesional e investigador con el ámbito personal. Sin sus grandes dosis de cariño y ánimo en tantos momentos no hubiera podido llevar a cabo este bonito proyecto, que ójala sirva para facilitar al menor de edad su paso por la adolescencia, muchas veces lleno de obstáculos, y hacer de nuestra sociedad española un entorno más humano y responsable.

## ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AEIC	Asociación Española de Investigación y Comunicación
AEPED	Anuario Español de Pediatría
AIMC	Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación
ALOJJ	Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996
ALOPJM	Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995
ALORJM	Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997
ALPJJ	Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997
AH	Antecedente de Hecho
ap.	apartado
aps.	apartados
ARRMI	Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor
art.	artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
a. C.	antes de Cristo
BALOJJM	Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997
BIT	Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CB	Convenio sobre Cibercriminalidad
CC	Código Civil de 1889
CCAA	Comunidades Autónomas
CDN	Convención de los Derechos del Niño de 1989

CE	Constitución Española de 1978
CEDN	Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992
CEJFE	Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada
CEPDHLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950
Cfr.	Confróntese
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	citada
CJM	Código de Justicia Militar de 1945
Colab.	Colaborador
COM	Comisión Europea
CONF	Conferencia
Coord.	Coordinación
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
DDN	Declaración de los Derechos del Niño de 1959
DF	Disposición Final
Dir.	Director
Directrices de Riad	Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de Naciones Unidas sobre Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil
Dña.	Doña
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Dr.	Doctor
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948
D.	Don
d. C.	después de Cristo
EDL	Base de Datos El Derecho Legislación
Ed.	Editorial
Eds.	Editores

ed.	edición
ej.	ejemplo
EM	Exposición de Motivos
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981
ep.	epígrafe
fasc.	fascículo
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
IAD	<i>Internet Addiction Disorder</i>
ICTs	<i>Technologies of Information and Communication</i>
INT	Secretaría de Estado de Interior
i.e.	in example
I PENIA	I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2003-2006)
II PENIA	II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2013-2016)
JAÍ	Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea
LDPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial, de 28 de diciembre de 1988
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria
loc.	localización
LODELEX	Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor
LORCPJM	Ley Orgánica 4/1992, Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores
LORRPM	Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor
LPRS	Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970

LSSI-CE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002
LTTM	Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1918
LVM	Ley de Vagos y Maleantes de 1933
Nov. R.	Novísima Recopilación
núm.	número
ob.	obra
OGPR	Ordenanza General de Presidios del Reino
Pág.	Página
PEDs	<i>Dispositivos Electrónicos Portátiles</i>
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
PLORRPM	Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 1996
PrLORRPM	Proyecto de Ley Orgánica de Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 1998
Prof.	Profesor
Pról.	Prólogo
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi
RD	Real Decreto
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
Reglas de Beijing	Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, de Naciones Unidas sobre Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores
Reglas de La Habana	Resolución 45/113, de 14 diciembre 1990, de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad
Reglas de Tokio	Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de Naciones Unidas sobre Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad
rect.	rectificado
ref.	referencia
R	Recomendación
RES	Resolución
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RLORRPM	Reglamento de la LORRPM de 2004

RP	Reglamento Penitenciario
RTC	Repertorio Tribunal Constitucional
S.	Sentencia
Secc.	Sección
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TICs	Tecnologías de la Información y la Comunicación
Tít.	Título
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
vgr.	verbigracia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
V° B°	Visto Bueno



## **PRESENTACIÓN**

### **I. Introducción.**

Desde que España ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1990, el escenario social del menor se ha ido adecuando a su carácter de ciudadano, asumiendo un papel mucho más activo en la sociedad, sujeto activo de derechos y responsabilidades. Al mismo tiempo, ha ido emergiendo en los adultos una conciencia creciente acerca de la identidad, capacidad, riesgos y necesidades de la infancia y la adolescencia.

En el ámbito legislativo, las leyes aprobadas desde entonces, tanto a nivel nacional como autonómico para ajustar el ordenamiento jurídico español a las disposiciones de la Convención, son un reflejo del recorrido realizado, especialmente la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor así como la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con sus posteriores modificaciones, y su Reglamento de Desarrollo, aprobado mediante Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Desde la perspectiva penal, el juicio social sobre el menor infractor ha estado determinado por casos muy concretos y especialmente graves, aunque de características singulares y en absoluto representativas. Si bien, la comisión de un hecho delictivo por un menor de edad produce una mayor fascinación que el cometido por un adulto. En los casos más graves ha sido capaz de movilizar el debate jurídico sobre la edad penal, ha hecho tambalear la opinión pública sobre la concepción de la juventud, y ha exigido de los poderes públicos una actuación urgente, hasta lograr modificar coyunturalmente sus protocolos de intervención habituales en el ámbito de la delincuencia juvenil. Sin embargo, el fenómeno social de este tipo de delincuencia se diluye, en la mayoría de los casos, como consecuencia del proceso madurativo del menor infractor. Así lo demuestran la «curva de la edad» y la «paradoja de Rubin»: el paso por la adolescencia, en sentido amplio, conlleva una alta probabilidad de conductas antisociales y antijurídicas, pero no deja de ser una etapa —en la inmensa mayoría de los casos— puramente transitoria, que se normaliza al alcanzar la adultez o madurez. Puede

concluirse, con acierto, que todo delincuente adulto fue infractor siendo menor, pero no todo menor que delinque se convierte en delincuente cuando llega a adulto. Está empíricamente demostrado que es un mínimo porcentaje de menores infractores los que inician una «carrera criminal».

Una última reflexión: el Estado Social y Democrático de Derecho debe dar un paso más y atender no tanto a reacciones emotivas y populistas, sino a abordar el problema social de la delincuencia juvenil con fundamentos y desde su raíz, buscando el origen, el momento en que se gesta el menor delincuente y el tipo de violencia que adopta, para tratar de solventar la situación conflictiva hasta guiar al menor infractor por el camino de los valores, los principios y los derechos democráticos. Sólo de esta manera podrá acometerse de forma eficaz y efectiva el fenómeno social de la delincuencia juvenil, sin olvidar que son los menores –infractores o no- la generación del futuro.

## **II. Objetivos.**

En España, la responsabilidad penal del menor se legisla propiamente desde el Código Penal de 1822. Interesa conocer el contexto histórico-doctrinal de la legislación penal juvenil para poder interpretar el modelo de responsabilidad penal del menor desde sus orígenes.

La Constitución española de 1978 marca el comienzo de una nueva forma de entender la «penalidad» de los menores. La alarma social generada por el fenómeno de la delincuencia juvenil y la ineficaz permisividad de las medidas hasta entonces aplicables al menor infractor, obligan a replantearse si el menor infractor es capaz de responsabilizarse de sus actos delictivos, que es lo que solicitan los medios de comunicación social de gran influencia, y la sociedad misma.

Analizada la evolución que experimenta la legislación penal juvenil, se comprueba un decantamiento progresivo hacia medidas de carácter tutelar y educativas, pero se cuestiona su legitimidad pues, con las mismas, no quedaban garantizados los derechos individuales del menor infractor. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero,

Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores –conocida como «Ley del Menor»- que rige el Derecho Penal Juvenil en España, supone la posibilidad de una intervención penal y educativa de una forma teóricamente homologada con la normativa y disposiciones supranacionales suscritas por España. De ahí la importancia de conocer, igualmente, el contexto jurídico-positivo del modelo de responsabilidad que instaura la ley.

El objetivo general de este «modelo de responsabilidad penal» es la responsabilización del menor infractor de sus actos tipificados penalmente, con la pretensión de procurar la reinserción y reeducación del menor infractor previsto en el art. 25 CE, desjudicializando en lo posible el «tratamiento» de la infracción y, en su caso, tratando de proporcionar respuestas educativas adecuadas al menor infractor y al hecho que ha cometido, sin ser exclusiva ni fundamentalmente represivas, proporcionadas a la gravedad del hecho criminal.

### **III. Resultados.**

La «Ley del Menor» se encuadra en un «modelo de responsabilidad» específica: por un lado, los sujetos a los que se aplica son los menores de edad –en nuestro ordenamiento jurídico la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años cumplidos-, y por otro lado, se trata de un «modelo penal de tratamiento» del menor infractor que integra una doble naturaleza sancionadora-educativa –como puede leerse en la Exposición de Motivos-, sobre la base de un proceso penal con todas las garantías y la aplicación de un derecho material o sustantivo eminentemente penal, que no es otro que el Código penal y las demás leyes especiales.

Sin embargo, la justicia juvenil actual, tal y como está concebida, constituye un modelo en que se buscan mucho las garantías tanto de índole sustantivo como procesal, y sin embargo tantas veces falla en lo fundamental, que es el desarrollo de la personalidad del menor infractor que le haga capaz de reconocer y responsabilizarse de sus propios errores, quedando en un hecho aislado su actividad delictiva, aunque no olvidado, lo que evitaría la reincidencia.

Dejando a un lado los modelos clásicos ya superados de tratamiento del menor infractor, como son el tutelar de naturaleza protectora, y el educativo que pretendía una respuesta de este tipo a las infracciones penales cometidas por los menores, resulta obligada la superación del «modelo de responsabilidad penal» a través de un nuevo «modelo de responsabilidad social» del menor infractor.

La LORRPM no logra alcanzar plenamente el objetivo de dar una «respuesta social» necesaria, quedando aspectos de suficiente relieve sin el tratamiento adecuado. Por un lado, la «normalización» de la actividad delictiva del menor infractor, que actúa ilícitamente convencido de que no le va a pasar nada por el mero hecho de ser menor de edad. Por otro lado, el alto porcentaje de menores infractores que tras el cumplimiento de las medidas que recoge la ley vuelven a delinquir, mostrándose inmunes tras la aplicación de dichas medidas. Ambas realidades quedan constatadas empíricamente en el Cap. IV, con los datos del Trabajo de Campo realizado acerca del crecimiento progresivo de la delincuencia juvenil *on line* desde 2008 hasta la actualidad. Estas circunstancias provocan una reacción populista en la opinión pública, pidiendo la rebaja de la edad penal y un endurecimiento de las medidas judiciales. Tal actitud pone en entredicho la efectividad y eficacia del «modelo de responsabilidad penal del menor» actualmente vigente en España, y ello a pesar de las sucesivas reformas legislativas de la «Ley del Menor» que no han sabido profundizar en el verdadero objetivo reeducador de la ley, y sí aproximar la justicia juvenil a los parámetros del Derecho penal de adultos. En definitiva, no se ha logrado articular de manera satisfactoria el hecho y el Derecho.

#### **IV. Conclusiones.**

Se concluye que el Derecho penal de menores es verdadero Derecho Penal. No está programado para la ayuda, lo que reclama contradictoriamente su naturaleza educativa, sino que sirve al control social de la delincuencia juvenil. Ambos aspectos – penal y educativo- implican dos lógicas distintas, difícilmente reconciliables. Y ello aún cuando en los debates sobre la «Ley del Menor» se recalque la euforia reformista en pro del interés superior del menor. Por ello, la importancia que la sociedad concede al fenómeno de la delincuencia infantil y juvenil requiere, si de veras se quiere atajar este

«fenómeno social», el desarrollo de respuestas efectivas y eficaces más propias de un Derecho social, y las mismas deberían construirse sobre la base de tres líneas de acción: la prevención, las medidas sancionadora-educativas, y la integración y reinserción social del menor infractor. De manera que se implique la sociedad en su conjunto.

Siguiendo las directrices del Prof. García-Pablos de Molina, plantear un «modelo social de responsabilidad» del menor infractor responde al ideario internacional de justicia descriminalizadora, asumiendo que la intervención del *ius puniendi* del Estado va a tomar en consideración, por un lado, la edad del menor infractor, y por otro lado, el impacto de su conducta antisocial, tanto en la víctima como en el propio menor que delinque –para evitar la estigmatización que supone el contacto con el sistema judicial-, y en la sociedad en su conjunto. Una vez que la conducta del menor infractor entra en el circuito judicial, este «modelo» se orienta a conseguir unos objetivos pacificadores y rehabilitadores –que por otra parte son los problemas capitales del Derecho penal- como son la reparación del daño, las prestaciones personales a la víctima y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, sosteniendo el recurso a instrumentos como la conciliación, la mediación, inculcar valores en el menor infractor (autoestima, autocontrol, razonamiento abstracto, flexibilidad cognitiva, habilidades sociales, etc.), y orientar las medidas sancionadora-educativas a conseguir los objetivos citados. Todo ello en consonancia con los estándares internacionales en materia de justicia juvenil.

En definitiva, este «modelo de responsabilidad social», empapado de una «filosofía reparadora», propugna la exigencia al menor infractor de una elemental responsabilidad por la comisión de un hecho delictivo, la asunción de las consecuencias de sus actos, pero con la necesidad de que el sistema a través del cual se establezca salga cuanto antes del Derecho penal. Se centra en la naturaleza de «problema social» de la delincuencia juvenil, que encuentra su origen en el fracaso de los grupos primarios del individuo (familia, colegio, grupo de iguales, ambiente, etc.); la defensa de una intervención subsidiaria y mínima del Derecho penal; un tipo de «castigos positivos» que propicien la integración del menor infractor, antes que buscar «darle su merecido» para tranquilizar a la sociedad. De su puesta en práctica se derivarían básicamente tres beneficios: a) se reduciría en mucho el efecto estigmatizante que produce el contacto con el sistema judicial, tanto en el menor infractor como en la víctima; b) agilizaría el

proceso y disminuiría la burocratización que rodea el sistema de justicia juvenil; y c) aproximaría temporalmente la realización de la infracción penal a la respuesta social que provoca.

La superación del «modelo de responsabilidad penal» del menor por un «modelo de responsabilidad social» del menor infractor puede hacer posible el ideal de convivencia en perfecta armonía de la justicia retributiva y su efectividad preventivo-general (sanción justa, cuya finalidad debe ser la reparación del daño causado) con la justicia rehabilitadora y su efectividad preventivo-especial (tratamiento socializador y educativo del menor infractor) y la justicia restaurativa (protagonismo activo a la víctima, sin desatender los objetivos preventivos de la ley penal). Entendiendo que es ésta la respuesta más adecuada al cambio cultural que se está produciendo y a otras formas de amenaza –como es la delincuencia juvenil *on line*- consecuencia de la incursión de los dispositivos electrónicos en la vida del individuo, y especialmente influyentes en la adolescencia.

Pensemos que la sociedad del siglo XXI encierra un contexto de rápido desarrollo de las nuevas *tecnologías de la información y la comunicación* (TICs), en las que se ve inmerso el menor, a través de las cuales el menor interacciona, se comunica, aprende, juega, a través de los *dispositivos electrónicos portátiles* (PEDs). Por ello, todo cuanto concierne al grado de responsabilidad que debe asumir el menor que ha cometido una infracción penal y a las posibilidades reales de su reeducación y reinserción social está inmerso, en la actualidad, en un proceso de análisis profundo y de revisión de conceptos tanto dentro de nuestras fronteras como, sobre todo, en el seno de la Unión Europea. Entre otros factores como consecuencia de la aparición y el progresivo desarrollo de la delincuencia juvenil *on line* o a través de *Internet*.

El tránsito que va de la sociedad industrial a la era informática ha ido definiendo nuevos conflictos, alimentando nuevos movimientos y formas de delincuencia infantil y juvenil. Esta circunstancia hace que surjan nuevos modelos emergentes que sirvan de ayuda al menor infractor en su reeducación y reinserción, según el contexto histórico-doctrinal y jurídico-positivo del momento. Por eso, para los juristas comprometidos con la causa del menor infractor, el problema actual de la delincuencia infantil y juvenil, que cada vez más pasa por el medio *tecnológico*, se nos presenta como un reto. Esto exige

comprender «desde dentro» el «problema social» de la delincuencia de menores y jóvenes (es decir, las claves, sus símbolos, el tipo de violencia, los valores de conducta de sus protagonistas), y el Derecho adolece de la falta de idoneidad que se exige para resolver materialmente los problemas sociales. Tal y como está concebido el Derecho penal sustantivo y procesal, su estructura como técnica de solución de conflictos deviene limitada e insuficiente.

## **ABSTRACT**

### **I. Introduction.**

Since Spain ratified the United Nations Convention on Rights of the children in 1990, the social role of the minor has been adapted to his character as a citizen, letting him assume a much more active role in society, as an active subject having rights and responsibilities. Meanwhile, an increasing consciousness has been emerging on adults about the identity, capacity, risks and needs of childhood and adolescence.

In the legislative field, the laws that have been adopted since in order to adjust the Spanish legislation to the Convention's regulations, reflect the journey that has been made, both at a state and autonomous level. One must mention specially the Organic Law 1/1996, on 15 January, about the Legal Protection of Minors, as well as the Organic Law 5/2000, on 12 January, which regulates the Criminal Responsibility, besides its subsequent modifications, and its Developing Regulation, passed in Law 1774/2004, on 30 July.

From a criminal perspective, the social opinion about the juvenile offender has been determined by very specific and specially serious cases, with unique features and therefore not representative at all. It is true that a minor committing a crime causes a much greater fascination than an adult. The most serious cases have led to a legal debate on criminal age responsibility, have shaken the public opinion on youth perception and it has required an urgent intervention of the Public Authorities, until achieving a contextual modification of its usual intervention protocols on the field of youth delinquency. Nevertheless, in the majority of the cases, the social phenomenon of this type of crime becomes diluted, as a consequence of the minor's maturing process. This is shown by the «age curve» and «Rubin's Paradox»: adolescence, in a broad sense, entails a high probability of asocial and unlawful behavior, although it is nothing but a phase –in most of the cases- which is purely transitory, and normalizes when reaching adulthood or maturity. So we may come to correctly conclude that, every adult delinquent has been a minor offender, but not every minor who commits a crime



becomes a criminal when reaching adulthood. It has been empirically proven that the minors who start a criminal career, represent a minimal percentage.

As a final thought: the Social and Democratic State, subject to the rule of law, should go a step not pay too much attention to emotional tendencies but deal with the social problem of juvenile delinquency itself in order to try to resolve the problematic situation and led the youth through the way of democratic principles and values. Indeed, the State should find the roots and basis this social problem, looking for its origins, that is to say, looking at the moment in which the minor criminal is brewed and the type of violence that he adopts. This is the only way that will make it possible to deal with the social phenomenon of juvenile crime in an effective and efficient way, without forgetting that minors –whether offenders or not- are the future generation.

## **II. Objectives.**

In Spain, the minor's criminal responsibility is ruled, in the strict sense, by the Spanish Criminal Code passed in 1822. It is therefore interesting to know the historical and doctrinal context in order to understand the minor's criminal responsibility model from its origins.

The Spanish Constitution from 1978 establishes the beginning of a new way of understanding the minor's penalty. The social alarm generated by this phenomenon and the inefficient permissiveness of the measures applicable to the minors at that moment made it necessary to reconsider if the offender minors are able to take responsibility for their criminal actions, which is what the media and the society itself claim for.

After analyzing the development of the criminal youth legislation, we can confirm a progressive tendency towards measures based on an educational and tutelary character, but their legitimacy has been questioned since they did not guarantee the individual rights of the minor. The Organic Law 5/2000, on 12 January, which regulates the Criminal Responsibility of the Minors, known as the «Minors Law», rules the criminal youth law system in Spain. The law presents the possibility of a criminal and educational intervention in a theoretically approved way according to the

supranational legislation and regulation undersigned by Spain. Hence the importance of knowing equally the legal-positive model which is established by law.

The general goal of this criminal responsibility model is to make the minor responsible for the actions defined in the legal system, but also represents the ambition of achieving the offender's reintegration and reeducation in accordance with article 25 of the Spanish Constitution. Besides, it also tries to avoid as much as possible the judicial treatment of the infraction and where appropriate, tries to provide an educational response suitable for the minor and the crime committed, without being exclusively nor essentially repressive but proportionate to the seriousness of the crime.

### **III. Results.**

The «Minor Law» is framed in an specific "responsibility model": firstly the subjects who this regulation is applied to, are minors –taking into account that in our country the legal age is reached at the age of eighteen- and secondly it consists of a «criminal treatment model» for the minor offender. As it is explained in the statement of motives, this model has a double nature, it is repressive and educational, based on a criminal process with all guarantees and the application of a material law, eminently criminal which is no other but the Criminal Code and the rest of Special Laws.

However, the current juvenile justice, as it is designed, is a model that equally searches for substantive guarantees as well as procedural, and yet often fails at its core, that is the development of the personality of the juvenile offender. This personality development involves helping the juvenil offender to recognize and take responsibility for his own mistakes, making them an isolated though not forgotten event of his criminal activity, in order to avoid recidivism.

Leaving aside the classical and already outdated juvenile offender treatment models, such as the tutelary model of a protective nature and the educational one which sought a response of this kind to criminal offences committed by minors, the «model of criminal responsability» must be overcome by a new «social responsibility model» of the juvenile offender.

The «Minor Law» -LORRPM- fails to fully achieve the aim of providing a needed «social response», without properly treating aspects of sufficient relevance such as. The «normalization» of the criminal activity of the juvenile offender, which acts unlawfully and convinced that nothing is going to happen for the sake of being underage, or such as the high percentage of young offenders that go back to committing crimes upon the compliance of the measures included in the law, showing to be immune after the application of such measures. Both realities are empirically identified in Chapter IV, with Fieldwork data obtained on the progressive growth of *on line* juvenile delinquency since 2008 until now. Such circumstances lead to a populist backlash in public opinion, asking for the lowering of the age of criminal responsibility and a tightening of the legal action. This calls into question the effectiveness and efficiency of the «criminal responsibility of minors model» which currently exists in Spain, and this despite the successive legislative reforms of the «Minor Law» which have failed to go in depth into the real reeducating goal of the law, but only to bring closer the juvenile justice to the parameters of adult criminal law. Ultimately, it has failed to articulate in a satisfactory manner the fact and the law.

#### **IV. Conclusions.**

We conclude that the criminal law for minors is a truly Criminal Law. It is not scheduled to help, something which contradictorily claimed its educational nature, but it serves the social control of juvenile delinquency. Both aspects –criminal and educational- involve two different logics which are hard to reconcile. And this occurs even though in discussions about the «Minor Law» is emphasized the reformist euphoria in the best interest of the minor. Therefore, the importance society attaches to the phenomenon of juvenile delinquency requires if this «social phenomenon» is desired to be stopped, the development of effective and efficient responses more typical of a Social Right. These should be built based on three lines of action: prevention, repressive-educational measures, and the integration and social reintegration of juvenile offenders, involving society as a whole.

Following the guidelines of Professor García-Pablos de Molina, setting out a «social responsibility model» of juvenile offender responds to international ideology of Justice decriminalization, assuming that the intervention of the State *ius puniendi* will take into consideration, on the one hand, the age of the juvenile offenders, and on the other hand, the impact of his anti-social behaviour, both on the victim and the juvenile offender –to avoid the stigma that the contact with the judicial system involves-, as in the society as a whole. Once the behaviour of juvenile offender enters the judicial circuit, this «model» is oriented to achieve peacemakers and rehabilitation targets – which moreover are the capital problems of the Criminal Law- such as damage repair, personal benefits to the victim and the realization of works in benefit of the community, holding the recourse to instruments such as the conciliation, mediation, instill values in juvenile offender (self-esteem, self-control, abstract reasoning, cognitive flexibility, social skills, etc.), and guide the penalty-educational measures to achieve the above objectives. All this in accordance with international standards in the field of juvenile justice.

To sum up, this «social responsibility model», soaked in a «reparative philosophy», advocates the demand to the juvenile offender of an elemental responsibility by the commission of a criminal offence, the assumption of the consequences of their actions, but with the need that the system through which it is established, gets as soon as possible out of the Criminal Law. It focuses on the «social problem» aspect of juvenile delinquency, which finds its origin in the failure of the primary groups of the individual (family, school, peer group, environment, etc.); the defense of secondary and minimal intervention of the Criminal Law; a type of «positive punishment» that promotes the integration of the juvenile offender, rather than getting «their just desserts» to reassure society. Its implementation would lead to essentially three benefits: a) the stigmatizing effect produced by the contact with the judicial system would be reduced by much, both for the juvenile offender and the victim; b) the process would be speed up and the bureaucracy surrounding the system of juvenile justice would decrease; and c) it would bring closer the realization of the criminal offence to the social response that causes.

Replacing the «model of criminal responsibility» of juvenile offenders by a «social responsibility model» can make possible the ideal of living together in perfect

harmony of retributive justice and its preventive-general effectiveness (fair sanction, whose purpose should be the repair of damage) with the restorative justice and its preventive-especial effectiveness (socializing and educational treatment of juvenile offender) and restorative justice (giving active importance to the victim without neglecting the preventive objectives of the criminal law). This is probably the most appropriate response to the cultural shift that is taking place and other forms of threat – such as juvenile *online* delinquency- which result of the incursion of technical portable devices in the life of individuals, and which influence particularly adolescents.

Let us think that the society of the 21st century holds a context of rapid development of new *technologies of information and communication* (ICTs), in which the child is immersed and, through which the child interacts, communicates, learns, plays, through the *portable electronic devices* (PEDs). For this reason, everything concerning the degree of responsibility which should take the minor who has committed a criminal offence and the real possibilities of re-education and social reintegration is currently immersed in a process of in-depth analysis and review of concepts both within our borders and, above all, at the heart of the European union. Inter alia as a result of the emergence and development of juvenile delinquency *on line* or via *Internet*.

Traffic going from industrial society to the computer era has been defining new conflicts, new movements and forms of child and youth crime. This circumstance raises new emerging models that serve as support to the juvenile offenders in their re-education and reintegration, according to the historical-doctrinal and legal-positive context of the moment. Therefore, for jurists committed to the cause of the juvenile offender, the current problem of children and youth offenders that increasingly happens by technological means, is presented as a challenge. It involves understanding the delinquency of minors and the young people's «social problem» from its inside (i.e. keys, their symbols, the type of violence, the values of conduct of its protagonists). However, the law lacks the suitability required to materially resolve social problems; as it is designed, Criminal Law in its substantive and procedural aspect, presents a structure that is limited and insufficient as a conflict resolution technique.

**PRINCIPIOS, CRITERIOS Y ORIENTACIONES  
EN LA ELABORACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL**

**I. CONTEXTO HISTÓRICO-DOCTRINAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL, COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR.**

**1. Consideración preliminar.**

La menor edad ha cobrado un papel muy relevante en las diferentes ramas de nuestro ordenamiento jurídico español, y en el ámbito del Derecho Penal ha sido de gran influencia, aún cuando difiere en amplitud de otras categorías, como la minoría de edad a efectos civiles<sup>1</sup>. Su importancia radica, fundamentalmente, en la determinación de su «imputabilidad» o «responsabilidad» ante la comisión de un ilícito penal. Por un lado, por el grave problema jurídico que supone el menor delincuente, cuyo actuar ilícito tiene gran repercusión social, desde una perspectiva cualitativa, pues generalmente conlleva una brutalidad real y afectiva, provocadora, con mensaje, y cuya comisión ninguna ley puede impedir de plano<sup>2</sup>. Por otro lado, para eximir o atenuar la

---

<sup>1</sup> Cfr. Constitución española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre), a la que de ahora en adelante me referiré como CE, art. 12: *Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*; ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), a la que de ahora en adelante me referiré como CDN, art. 1: *Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 por aplicación del art. 93 CE: *Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*; Código Civil, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 (GACETA DE MADRID, de 25 de julio), al que de ahora en adelante me referiré como CC, art. 315: *La mayor edad empieza a los 18 años cumplidos*; Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 152, de 23 de junio), al que de ahora en adelante me referiré como CP, art. 19: *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*.

<sup>2</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores». MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (Dir.). Ejemplar dedicado a menores privados de libertad, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, Madrid, 1996. Pág. 251(252) a 288. Del mismo autor: «Reflexiones criminológicas y político-criminales al

responsabilidad penal del menor infractor en relación al delincuente adulto, pues la personalidad de su protagonista –las claves biológicas, psicológicas y sociales- marca el hecho diferencial de la violencia infantil y juvenil, aunque sólo de una manera rigurosa y científica a partir de mitad del siglo XIX<sup>3</sup>. Si bien, con independencia del momento histórico, para el menor infractor siempre se ha reconocido legalmente una menor responsabilidad que al adulto.

La delimitación de una edad cronológica a partir de la cual el sujeto deviene responsable por la comisión de un acto delictivo ha constituido –y constituye- un problema de difícil resolución, como prueba la ingente legislación que *ab antiquo* ha venido preocupándose de esta cuestión. No obstante, el reconocimiento y tratamiento de la minoría de edad penal como *status* jurídico diferente al de adulto, no es un planteamiento de ahora: está presente en todas las etapas históricas del ordenamiento jurídico<sup>4</sup>.

---

modelo de responsabilidad penal de la L.O. 5/2000, de 12 de enero». RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, I.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (Eds.), *Los menores ante el Derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado)*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005. Pág. 1 a 254. «La delincuencia de menores es uno de los «problemas sociales» más sentidos de nuestra época. El oscilante pendular de la opinión pública entre la indiferencia absoluta y la máxima capacidad de alarma apunta a esta última en nuestros días. (...) Con carácter más general, Noelle Neumann sostiene que la opinión pública acerca del crimen y de la violencia es, en gran parte, obra de los medios de comunicación de masas, que llega a formar unos estereotipos populares sobre la delincuencia y la justicia penal unidos a la creencia de que es necesario: a) reformar las leyes penales, b) infligir penas más graves, y c) incrementar las facultades, los efectivos y presupuestos de la policía, jueces y funcionarios de prisiones». Vid. BARBERO SANTOS, M.: «La delincuencia juvenil en España: imagen y realidad», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1315, Madrid, 1983. Pág. 1(3-8) a 22.

<sup>3</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 252. La importancia de la «minoría de edad» radica, esencialmente, en la determinación de la «responsabilidad penal» del menor infractor, ya que la edad es considerada a lo largo de toda la historia como una circunstancia modificativa de la misma. En definitiva, se trata de determinar hasta qué punto o en base a qué criterios se puede afirmar que un menor de edad que comete un ilícito penal es responsable de su acción típica, antijurídica y culpable. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*. Tesis Doctoral. SANZ DELGADO, E. (Dir.), Departamento de Fundamentos del Derecho y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2011. Pág. 1(22) a 1089. Del mismo autor: *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, Premio Nacional Victoria Kent, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2010. Pág. 1(28) a 856; CUELLO CONTRERAS, J.: «Reflexiones de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-01(2010), Marzo\_2010. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-01.pdf>. Pág. 1(3) a 19.

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 258 a 261; CRUZ Y CRUZ, E.: «La edad penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 77, EDESA, Madrid, Junio\_2002. Pág. 457 a 474. Interesantes las aportaciones de las autoras: MACHADO RUIZ, M. D.: «Minoría de edad e imputabilidad penal», en *Actualidad Penal*, t. I, núm. 3, Ed. La Ley, Madrid, 2003. Pág. 93(96) a 137; VAELO ESQUERDO, E.: «Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Actualidad Penal*, núm. 5330, Ed. La Ley, Madrid, 2001. Pág.

En todo caso, es doctrina consolidada el abandono del «paradigma de la imputabilidad» del menor de edad, pues no responde al criterio objetivo de la minoridad penal sino a decisiones de política-criminal para legitimar la intervención penal frente al delincuente juvenil<sup>5</sup>. Prueba de ello es que a lo largo de la historia de la Humanidad, no ha existido un concepto de «menor infractor» unitario. Cada civilización y cada época han decidido, con criterios propios, la determinación de la minoría de edad penal<sup>6</sup>.

Para entender en profundidad el tratamiento legal de la responsabilidad penal del menor infractor, que ha culminado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, comúnmente conocida como

---

(1 y 13) a 24; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: «La minoría de edad penal», en *Cuadernos de política-criminal*, núm. 20, EDESA, Madrid, 1983. Pág. 385 a 484.; COBO DEL ROSAL, M.: «Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Judicial*, núm. 41, Madrid, 1970. Pág. 79-84.

<sup>5</sup> La doctrina tradicional, acogida por nuestro ordenamiento jurídico, ha considerado que el fundamento de esta exclusión de responsabilidad penal del menor de edad se encuentra en una «presunción de inimputabilidad», una presunción *iuris et de iure* de que el sujeto era «inimputable» en atención al criterio objetivo de la menor edad, incapaz de Derecho penal. Posición que ha sido cuestionada y ha recibido un importante rechazo de autores como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANDRÉS IBÁÑEZ, CUELLO CONTRERAS, RODRÍGUEZ MOURULLO, BUSTOS RAMÍREZ, MACHADO RUIZ o MOVILLA ÁLVAREZ, que califican la «inimputabilidad» como un artificio o ficción jurídica, pronunciándose por la necesidad de desvincular la «minoridad penal» de la estricta «inimputabilidad», al entender que los límites de edad que establece el criterio biológico no se fundamentan ya en «presunciones *iuris et de iure* de inimputabilidad», sino en decisiones de política-criminal acerca de la necesidad preventiva de una intervención penal en esta materia.

<sup>6</sup> Un ejemplo, sin duda esclarecedor: «Una valiosa joya es sustraída del escaparate de una tienda de platero. Mientras los curiosos oyen las lamentaciones del perjudicado, un funcionario de policía conduce de la mano a un niño de cinco años que ostenta en su poder la alhaja. Preguntad a todos los espectadores de esta escena, cualquiera que sea su condición, su instrucción, su estado y posición social, si creen que aquél sea ante la moral, ante la razón, ante la ley, responsable del delito de hurto. Un *no* instantáneo saldrá de todos los labios... Pero aumentad la edad del protagonista: suponed que en vez de cinco tiene diez o doce años. Dirigid la misma pregunta a los propios espectadores y veréis cuán distinto es el efecto que en ellos produce. Desaparecerá la conformidad de pareceres; habrá quien diga inmediatamente que *sí* y quien diga que *no*; y habrá seguramente una gran parte de hombres prudentes que se abstendrán por el pronto de juzgar; y que sólo después de haberse hecho explicar todas las particularidades del suceso y de haber interrogado por sí mismos detenidamente a su autor, aventurarán su opinión acerca de su responsabilidad. Pero cambiad la hipótesis. Admitid que no es un niño el que ha puesto la mano en el objeto precioso, sino un verdadero adulto que aparenta tener dieciséis o diecisiete años... Interrogad de nuevo sobre este punto a los que tan discordantes contestaron a vuestra última pregunta. La divergencia de opiniones desaparecerá; todos acusarán resueltamente a aquel adolescente como autor del delito, aunque, atendida su corta edad, excitará todavía un sentimiento de compasión, bastante poderoso para pedir que no se le aplique la ley en todo su rigor». Vid. LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho Penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2007. Pág. 29 y 30. Cfr. «Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, núm. 37-40, Madrid, 1983; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría de Estado de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1902. En consecuencia, la minoría de edad exige una delimitación terminológica, pues hablar de menor, infante, impúber, púber, adolescente o joven, aún cuando todas las categorías hacen referencia al «menor de edad», en puridad, cada una de dichas categorías responde a conceptos bien distintos.



«Ley del Menor», resulta de especial interés partir del criterio de interpretación general previsto en nuestro ordenamiento jurídico español<sup>7</sup>. En ella se establece que las normas deben interpretarse relacionando no sólo el sentido propio de las palabras, en relación con su contexto, sino también –y aquí lo que me interesa– con los antecedentes históricos y legislativos, sin obviar la «realidad social» del momento en que han de ser aplicadas, a que me referiré más adelante<sup>8</sup>.

La invocación de los antecedentes históricos y legislativos –cuestión que refiere la propia Exposición de Motivos de la LORRPM como una necesidad impuesta– no tiene más finalidad que conocer los problemas a que la norma jurídica trata de dar solución y el espíritu que la anima, para extraer así los criterios directivos de resolución de las cuestiones a que se debe su nacimiento<sup>9</sup>. Sin que por ello deba confundirse, por un lado, el carácter estable del Derecho, y por otro, la necesidad de cambios al compás de las «realidades sociales». El Derecho del pasado está presente en el Derecho actual, inspirándolo, modelándolo hasta darle la forma con que se nos presenta. Pues en el fondo de cada sistema jurídico late la vida humana siempre fluyente y siempre igual. Lo que cambian son algunas de sus instituciones jurídicas, y deben hacerlo de la mano de la mutación del «hecho social» que les sirve de fundamento, adaptándose a las nuevas formas que las situaciones sociales adoptan, pero manteniéndose en el fondo idénticas las situaciones y los hechos sociales que les dieron vida<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero), a la que de ahora en adelante me referiré como LORRPM. Cfr. CP de 1995, cit., art. 19 párrafo 2º: *Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*. Precepto en vigor desde el 13 de enero de 2001, conforme a la DF 7ª de la LORRPM.

<sup>8</sup> Cfr. CC, cit., art. 3.1: *Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*. Además: CC, art. 13; LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio; rect. BOE núm. 264, de 4 de noviembre), a la que de ahora en adelante me referiré como LOPJ, art. 5.1, interpretación conforme a los preceptos y principios constitucionales.

<sup>9</sup> Cfr. BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», en *Diario La Ley*, núm. 12470, ref. D-111, t. IV, Ed. La Ley, Mayo\_2001. Pág. (1) a 28.

<sup>10</sup> En este sentido, en el II Congreso de Naciones Unidas se recomienda analizar el aumento estadístico de nuevas formas de delincuencia juvenil y los motivos de las mismas. Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, London, 8-19 August 1960*, United Nations, A/CONF.17/20, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° 61.IV.3, New York\_1961. Pág. 1(16 y 17) a 101; GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.; GARCÍA MARÍN, J. M.: *El Derecho Histórico de los Pueblos de España*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 8ª ed., Madrid, 1994. Pág. 1(22-27) a 828.

El camino histórico que precede a la LORRPM es largo, especialmente comprometido con la realidad del menor a partir del siglo XIX y a lo largo de todo el siglo XX, en que se perfila lo que será la primera piedra del «modelo de responsabilidad penal» del menor infractor actualmente vigente en España, sostenido desde distintas posiciones ideológicas.

De ahí la utilidad de hacer un recorrido por las distintas etapas que ha atravesado la legislación penal del menor, para poder observar cómo a lo largo del camino han sido varias y muy distintas las posiciones mantenidas para encarar un marco tan complejo como la «responsabilidad» del menor infractor y el «tratamiento» a seguir, pudiendo apreciarse un giro más que notable a partir de los años ochenta, que propició un cambio de escenario muy significativo: se pasa del «modelo tutelar» al «modelo de responsabilidad penal».

Con este epígrafe no se pretende una investigación histórica propiamente, pues ello conllevaría una limitación notable de este estudio. Únicamente hacer una radiografía de la evolución del Derecho Penal Juvenil en líneas generales, resaltando los momentos y tendencias más destacados de su *iter*, centrado fundamentalmente en el modelo de justicia seguido en el tratamiento de la delincuencia juvenil, partiendo de la cuestión de la minoría de edad. Con el fin de que contribuya a una mejor comprensión de todo el trabajo de investigación.

## **2. Período anterior a la Codificación.**

### **2.1. El Derecho primitivo.**

El ordenamiento jurídico primitivo español, anterior a la romanización jurídica, carece de fuentes que puedan proporcionarnos información sobre la condición jurídico-penal del menor infractor, por lo que es de suponer que en nada difiere del tratamiento en el resto de pueblos de la época. La falta casi absoluta de fuentes histórico-jurídicas

correspondientes al período primitivo no permite garantizar que existiera un sistema legal propiamente dicho del menor infractor<sup>11</sup>.

Todo cuanto puede afirmarse es la diferencia de tratamiento del menor de edad en relación con el adulto cuando se ha cometido el delito. «El trato diferenciado para los jóvenes infractores, dulcificando la aplicación de la norma penal, ha tenido lugar de manera más o menos constante en la evolución de nuestros ordenamientos penales a lo largo de la historia. En otros valiosos términos, cabe afirmar que el menor ante el Derecho penal siempre ha gozado de ciertas ventajas»<sup>12</sup>. Este hecho se constata desde los primeros escritos jurídicos.

En el ámbito de la ejecución penal, la minoría de edad ha tenido tradicionalmente, ya desde los primeros escritos jurídicos, singular relevancia en materia de amortiguación de la responsabilidad. Y ello porque, como señala Ferrajoli, el ilícito penal de acuerdo con la estructura lógica de las garantías, es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de un castigo, pues puede quedar condicionado por algunas circunstancias, tales como la existencia de eximentes o atenuantes, o las condiciones de punibilidad y de procedibilidad según el infractor<sup>13</sup>. Así lo previeron los primeros códigos punitivos. Sin embargo, no existían fases intermedias. El menor se convertía en adulto en el mismo momento en que era capaz de valerse por sí mismo<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: «La minoría de edad penal», en *Cuadernos de política-criminal*, ob. cit. Pág. 386. De gran interés, en cuanto a los antecedentes históricos: PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940. Pág. 13; MANZINI, V.: *Paleontología criminal*. BERNALDO DE QUIRÓS, C. (Trad. al español), Ed. Viuda de Rodríguez Serra, S.A., Madrid, 1905. Pág. 105 y ss.

<sup>12</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 39. El autor cita (y cfr.): ZARANDIETA MIRABENT, E.; ANGUERA DE SOJO, J.: *De criminalidad juvenil*, Ed. Mundo penal, Madrid, 1917. Pág. 27.

<sup>13</sup> Expresión sintética de lo que será la idea de «prevención especial», teoría más que consolidada en la legislación penal juvenil actual. Cfr. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; RUIZ MIGUEL, A.; BAYÓN MOHINO, J. C.; TERRADILLOS BASOCO, J.; CANTARERO BANDRÉS, R. (Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 1998. Pág. 1(368) a 989.

<sup>14</sup> De la época primitiva en España –ese largo período que se extiende hasta la dominación romana– se sabe muy poco, y ello a pesar de la riqueza cultural –por su variedad y confluencia heterogénea de pueblos–, hasta el punto de que los historiadores han considerado nuestro país como un continente en miniatura: pueblos íberos, celtas, fenicios y griegos, entre los que se entremezclaban elementos camitas, semíticos y arios, contrastando la cultura de unos con la rudeza de otros. A excepción de los colonos fenicios, griegos y cartagineses –conservaban leyes antiquísimas escritas en verso, pueblos con extensas relaciones comerciales, con marina propia y grandes cultivadores de los estudios históricos y literarios–, los íberos eran todos los primitivos habitantes de Iberia –excepto los celtas–: pueblos salvajes la mayor parte de ellos, por tratarse de una civilización naciente en las llanuras y faldas de los montes, donde la

En ninguna de las disposiciones penales de la ley más antigua históricamente conocida –el Código de Hammurabi– se deja entrever la más mínima consideración a los delitos cometidos por el menor de edad. Lo que puede hacer pensar que el menor infractor, a los ojos del legislador de la época, no tenía ni podía tener ningún derecho, porque como ser débil no era más que un objeto del que poseía la fuerza. Ante tal vulnerabilidad y debilidad del menor, el primer instinto del legislador primitivo, reiterado tiempo después, es el de «protección»<sup>15</sup>. No obstante, pero con carácter único, en su ley 195 se prevé que «si un hijo golpeó al padre, se le cortarían las manos»<sup>16</sup>. Puede deducirse que no se hiciera distinción entre menores y adultos a efectos penales<sup>17</sup>.

Siria y Persia tampoco establecieron tal distinción, incluso hasta los hijos menores de los delincuentes quedaban sujetos a los suplicios y a la pena de muerte. En Egipto, los menores acompañaban a sus padres a sufrir con ellos el trabajo, que también ejecutaban en el interior de las minas<sup>18</sup>. Los hijos, por tanto, quedaban incluídos en la responsabilidad del delito de sus padres. Lo que supone que el concepto de culpabilidad nada tiene que ver con la intencionalidad del sujeto, exigiéndose una responsabilidad estrictamente objetiva.

---

mayoría de la población convivía con las fieras. Si bien, se considera a los griegos como nuestros primeros civilizadores en lo jurídico (así lo hicieron los jonios en Cádiz). El variado carácter español ha servido como estudio de campo para, tomando elementos de comparación de las distintas supervivencias étnicas con estudios de criminología, llegar a la conclusión de un máximo de criminalidad a favor de los íberos; y, en general, en España, pues existe un predominio de dolicocefalia, que significa inferioridad de índice cefálico, *maximum* de instinto y *minimum* de reflexión. Cfr. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (Trad. a la 20ª ed. alemana), Valetta Ediciones SRL, 1ª ed., Florida, 2007. Pág. 15 a 25.

<sup>15</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 28 y 29. El autor cita (y cfr.) a SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores en la LO 4/1992*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. Pág. 41.

<sup>16</sup> El Código de Hammurabi, primera recopilación escrita de leyes y sentencias jurídicas que conoce la historia de la humanidad. Data del siglo XVIII a.C. de la antigua Babilonia (Mesopotamia). Fue promulgado por el rey Hammurabi de Babilonia (1792-1750 a.C.), siendo el primer exponente de la denominada *Ley del Talió*: «Ojo por ojo, y diente por diente». Sus leyes están numeradas de la 1 a la 282 (aunque faltan los núm. 13, 66 a 99, 110 y 111), escritas en lengua acadia y escritura cuneiforme. Está relacionado con otros dos textos legales sumerios, promulgados por el rey Ur-Namma de Ur, del siglo XXI a.C., y por el rey Lipit-Ishtar de Isin, del siglo XX a.C.

<sup>17</sup> Se entendía la pena como un fin en sí misma –«teorías absolutas de la pena» en contraposición con las «teorías relativas de la pena», que justifican la pena como medio preventivo que posibilite la convivencia y evite la comisión de delitos futuros–, sin necesidad de referirla a objetivos concretos para justificarla. Por tanto, el castigo no se consideraba como un medio sino como un fin en virtud del cual el castigo se justifica en sí mismo. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2013. Pág. 1(239) a 528.

<sup>18</sup> Vid. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940. Pág. 14.

Aquí nacen las «teorías absolutas» de la pena, en las que el castigo es entendido como un fin en sí mismo, sin buscar ninguna utilidad a la imposición de la pena. El castigo se justificaba como un «deber ser», metajurídico, que posee en sí mismo su propio fundamento: es justo pagar al mal con mal, o en términos latinos, se castiga *quia peccatum est*<sup>19</sup>. Ello proviene de la antigua *vendetta* o plaga de la venganza como sistema sumarásimos de justicia propio de los pueblos más antiguos, hasta formularse el principio retributivo más conocido: el «ojo por ojo, y diente por diente» de la Ley del Tali3n, es decir, la retribuci3n de un mal por otro mal.

La Ley Mosaica, similar a las leyes del C3digo de Hammurabi en alguna de sus partes, dista en mucho en cuanto al esp3ritu que la anima<sup>20</sup>. En el pueblo hebreo el hijo perverso o rebelde pod3a ser castigado por lapidaci3n<sup>21</sup>. Si bien, el Talmud dispone que para que el menor de edad pudiera recibir ese castigo, deb3a hallarse en la pubertad, sin

---

<sup>19</sup> Para las «teorías absolutas» el castigo s3lo se justifica por razones de justicia, de retribuci3n del delito cometido, de pura compensaci3n por el mal ocasionado, lo que permite que el infractor salde as3 su deuda ante la sociedad. Por eso se entiende que el castigo o pena es justa y merecida. Cfr. GARC3A-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducci3n al Derecho Penal*, ob. cit. P3g. 240. Sus m3ximos exponentes en la 3poca contempor3nea son: KANT (necesidad absoluta de la pena), HEGEL y JAKOBS (restauraci3n del orden infringido), BINDING (sometimiento del infractor al poder coactivo del Derecho aunque proporcionado a la gravedad del delito y la culpabilidad del autor) y KAUFMANN (el castigo no busca el restablecimiento de la justicia sino del propio infractor, que asume la culpa y se arrepiente, con el prop3sito de reparar el mal causado). Las doctrinas absolutas sobre la funci3n de la pena no han tenido eco en el ordenamiento jur3dico espa3ol.

<sup>20</sup> La Ley Mosaica, data del siglo XV-XII a.C. Su autor fue Mois3s, profeta del pueblo de Israel. Comprende: una tradici3n escrita –el Libro de la Ley o *Tor3h*–, formada por 5 libros –denominados Pentateuco, cuyos nombres son: G3nesis, 3xodo, Lev3tico, N3meros y Deuteronomio–. El Pentateuco encabeza los 73 libros de la Biblia. Y una tradici3n oral –el *Talmud*–, que recoge las discusiones rab3nicas sobre leyes jud3as, tradiciones, costumbres, leyendas e historias. La autoridad del *Talmud* quedaba subordinada a la *Tor3h*. La Ley Mosaica toma del C3digo de Hammurabi la *Ley del Tali3n* con la misma exactitud. Algunos autores, como JAKOBS, ven en el principio del *tali3n* una primera limitaci3n de la pena, pues la venganza se limita a la medida de la p3rdida del bien ocasionada por el actuar il3cito. Cfr. JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teor3a de un Derecho penal funcional*. CANCIO MELI3, M.; FEIJOO S3NCHIZ, B. J. (Trad.), Ed. Civitas, Madrid, 2000. P3g. 25. Otros autores, como FERRAJOLI, indican c3mo el *tali3n* supone la base de la primera doctrina de la calidad de la pena, relacionando la gravedad de la sanci3n al da3o realizado y al grado de culpabilidad. Autores como KANT y HEGEL ven en el *tali3n* el modelo ideal y normativo de la pena. Cfr. FERRAJOLI, L.: *Derecho y raz3n. Teor3a del garantismo penal*, ob. cit. P3g. 387-389.

<sup>21</sup> Cfr. Deuteronomio 21, 18-22. Cometida la primera falta, el menor de edad era solemnemente reprendido ante su familia, convocada al efecto. Si persist3a en su mala conducta, sus padres pod3an conducirlo al Tribunal de Tres, que le condenaba a recibir azotes. Si, a pesar de todo, no demostraba correcci3n en su conducta, era conducido al Tribunal de los Veintitr3s, para ser lapidado. En consecuencia, el proceso penal aplicable al menor «rebelde» pasa por tres etapas, de menor a mayor gravedad: amonestaci3n en el 3mbito familiar, castigo corporal y pena capital. Cfr. P3REZ-VITORIA MORENO, O.: *La minor3a penal*, ob. cit. P3g. 14 y 15; BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes hist3ricos de la Ley Org3nica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretaci3n de la misma», ob. cit. P3g. 4 y 5. Una cr3tica al modelo hebreo en: C3MARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. P3g. 34-36.

haber alcanzado aún la edad viril, y el suplicio ser demandado conjuntamente por el padre y la madre<sup>22</sup>. Aunque esto nunca llegó a suceder.

Estos primeros signos de «especialidad» en materia legal con referencia al menor de edad, vinieron a ser, en parte, el intento de las primeras sociedades por llevar la tradicional potestad punitiva intrafamiliar al terreno público estatal<sup>23</sup>.

En consecuencia, en la ley judía encontramos ya el primer conato de determinación de la responsabilidad penal del menor en función de su edad, y el espíritu que anima el modelo a seguir.

En Grecia, se tenía en consideración la edad de menor de siete años pues era de una gran importancia<sup>24</sup>. Hasta tal límite de edad se consideraba la inimputabilidad penal del menor. A partir de la misma, si el menor cometía un acto delictivo, gozaba de prerrogativas o atenuaciones por su condición de menor de edad hasta los dieciocho

---

<sup>22</sup> En el *Talmud* judío ya se encuentran los primeros criterios de madurez sexual o fisiológicos para la determinación de la edad a partir de la cual se podía ser responsable penalmente (crecimiento del vello púbico, barba, etc. en los varones, y signos de maduración sexual en las mujeres), fijando la edad viril en los trece años para los varones, y los doce años para las mujeres. Cfr. GUINZBURG, I.: *El Talmud*. RESNIK, S. (Trad), Ed. Maxtor, Valladolid, 2009. Pág. 50 y 52; PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 14 y 15. Hoy en día, es la psicología médico-biológica la que aporta los primeros estudios sobre la «pubertad», centrados sobre ciertos síntomas del desarrollo, grandes y rápidos. Está constatado empíricamente que el tránsito de la «pre-pubertad» a la «pubertad» es muy rápido. Ello implica que no necesariamente haya de identificarse la «pubertad» con la «adolescencia». Constituyó una auténtica novedad científica el fundar sus fenómenos en las modificaciones químicas de tipo endocrino. Más tarde las ciencias de la conducta —especialmente la psicología, la pedagogía y la sociología— se plantean y ejecutan nuevas investigaciones sobre ella, y queda abierto el camino del estudio multidisciplinario. Se trata de un proceso evolutivo, y prosigue hasta que la maduración del individuo queda relativamente completa. Si bien, la «pubertad» llega después del período de latencia (se extiende entre los seis y los diez años aproximadamente, durante el cual tiene lugar gradualmente la preparación para la etapa siguiente. Implica la elaboración y consolidación de los rasgos y habilidades previamente adquiridos, sin que aparezca nada dinámicamente nuevo) y abarca, en líneas generales, de los diez a los catorce años de edad en los varones, y desde los ocho a los doce años de edad en las mujeres. Se inicia cuando llega la curva sigmoidea del crecimiento (que representa el crecimiento del organismo en su conjunto), viniendo a constituir el punto central de la adolescencia. Queda definida por el desarrollo fisiológico «próximo ya a su plenitud, si bien con un ritmo irregular y asimétrico, pero en el que sobresale la madurez de los órganos de reproducción», psicológico y social. Cfr. ZARAGÜETA BENGOCHEA, J.: *Pedagogía Fundamental*, Ed. Labor, Madrid-Barcelona, 1953. A esta explicación se suma la doctrina moderna: SHAPIRO, T.; HERTZIG, M. E.: «Desarrollo normal en la infancia y la adolescencia». En HALS, R. E.; YUDOFKY, S. C.; TALBOTT, J. A.: *Tratado de Psiquiatría*, Ed. Áncora, Barcelona, 1996. Pág. 137 y ss. También: OFFER, D.; BOXER, A. M.: «Normal Adolescent Development: Empirical Research Findings». En: HALS, R. E.; YUDOFKY, S. C.; TALBOTT, J. A.: *Tratado de Psiquiatría*, Ed. Áncora, Barcelona, 1996. Pág. 266 y ss.

<sup>23</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 28 y 29.

<sup>24</sup> Vid. HIGUERA GIMERA, J. F.: «Antecedentes históricos de la minoría de edad penal», en *Actualidad Penal*, núm. 34, t. III, Ed. La Ley, Madrid, 2003. Pág. 845 y ss.

años<sup>25</sup>. El menor que fuera descubierto *in fraganti* robando y se dejara sorprender por ello sería castigado con «azotes y en pasar hambre»<sup>26</sup>. Excepto en este supuesto, no se castigaba el robo. Y *a sensu contrario*, si el menor cometía los delitos más graves como el homicidio, las lesiones a los padres, el parricidio o la traición a la ciudad, eran sometidos a la pena capital sin que se atenuara su penalidad<sup>27</sup>.

El sistema griego ofrece, por tanto, un doble modelo de justicia penal en función del ilícito cometido: el régimen o modelo «educativo» aplicable en caso del robo *in fraganti* –hace hincapié en la adopción de medidas no penales, de carácter correctivo– que contrasta de plano con el régimen punitivo aplicable al resto de delitos. Aún cuando se deja entrever que se trata éste último de un modelo de «responsabilidad» penal específica dada la condición de menor del sujeto al que se aplica, a salvo de los delitos más graves, en cuyo caso se aplica al menor la pena con la misma severidad que al adulto.

En consecuencia, ya desde la época primitiva se atisba la necesidad de que la menor edad sea objeto de regulación jurídico-penal. Aún cuando presenta la dificultad de constatar el límite para la determinación de la edad a partir de la cual es exigible la responsabilidad delictual. El modelo de responsabilidad del menor infractor se presenta bajo un tinte rigorista y no precisamente educativo. Sin que se vislumbre el más mínimo atisbo de atenuación de la pena por razón de edad: de la inimputabilidad absoluta hasta un límite cronológico de edad se pasa a la asunción plena de responsabilidad penal al igual que un adulto con todo su rigor. A salvo del sistema griego.

---

<sup>25</sup> Vid. ARISTÓTELES: *La Constitución de Atenas*. TOVAR, A. (Trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed. bilingüe, Madrid, 2000. Pág. 1(151) a 230.

<sup>26</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 39. El autor toma la referencia de: PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Licurgo, 13.3. Edición consultada: Introducción general, traducción y notas por Aurelio Pérez Jiménez, t. I, Ed. Gredos, Madrid, 1985. Pág. 302.

<sup>27</sup> Vid. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 15, 42 y 43.

## 2.2. La época romanizadora<sup>28</sup>.

El momento en que comienza a prestarse relevancia penal al hecho natural de la adolescencia, viene determinado por el tránsito de un Derecho penal marcadamente objetivo, en que la responsabilidad se deriva de la comisión de un hecho dañoso (Derecho penal del hecho), a un Derecho penal de carácter subjetivo, en que la responsabilidad se funda en la causalidad psíquica del autor del ilícito penal (Derecho penal de autor)<sup>29</sup>.

En el Derecho romano la edad constituía una causa determinante de la capacidad de obrar, y por consiguiente de la capacidad penal, por lo que el menor de edad carecía de la misma, y por consiguiente era irresponsable. La dificultad para determinar cuándo una persona había adquirido el pleno desarrollo –a lo que habría que añadir la variabilidad *inter* sujetos- llevaría a establecer límites de edades, según los casos, que determinaran la plena responsabilidad penal del individuo<sup>30</sup>. En un primer momento se recurre a fórmulas puramente fisiológicas para la determinación de la edad penal: en

---

<sup>28</sup> De acuerdo con la tradición, la fecha fundacional de Roma data del siglo V a.C. (año 754 ó 753).

<sup>29</sup> En los albores del Imperio Romano, se recurre a fórmulas puramente fisiológicas para determinar el final de la infancia, hasta que Justiniano conformara el primer estatuto jurídico del menor. Cfr. CRUZ Y CRUZ, E.: «El concepto de menores infractores», en *Revista de Posgrado en Derecho*, Vol. 3, núm. 5, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México\_2007. Disponible en Internet: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), Pág. 335 a 355; MACHADO RUIZ, M. D.: «Minoría de edad e imputabilidad penal», ob. cit. Pág. 93; PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 16. Resulta de interés la comprensión de la palabra «Derecho» que, en su acepción objetiva, significa «ordenamiento jurídico», pudiendo definirse como el conjunto de normas –norma jurídica o *norma agendi*- que regulan la convivencia social, cuya fuente principal es el Estado, que puede imponerlo, en caso necesario, mediante el uso de la fuerza –carácter coactivo de la norma-, y liga a los sujetos entre sí –bilateralidad de la norma-. A las notas de coactividad y bilateralidad que acompañan el Derecho positivo, debe añadirse su carácter abstracto y general, en cuanto que regulan casos hipotéticos, contemplando una categoría genérica de destinatarios. En su acepción subjetiva, la palabra «Derecho» significa «facultad» reconocida por el ordenamiento jurídico a cada sujeto –*facultas agendi*-, lo que conlleva la tutela de intereses dignos de protección, y fortalece el carácter legítimo de las normas que los sancionan. Es precisamente el carácter abstracto de la norma jurídica el que hace necesaria su interpretación, con el fin de establecer una certera adecuación entre una norma jurídica y el caso concreto al que ha de aplicarse. Cfr. IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, 15ª ed., Barcelona, 2004. Pág. 4 a 8. Hasta mediados del siglo V a.C. el fundamento del delito es exclusivamente el daño, donde la falta de voluntariedad no privaba la nota del delito.

<sup>30</sup> Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade Da Coruña*, núm. 11, Coruña, 2007. Pág. 27(29) a 44. La responsabilidad penal está intrínsecamente asociada a la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. La capacidad de obrar debe entenderse como idoneidad para realizar actos con efecto jurídico. Los actos pueden ser lícitos o ilícitos, distinguiéndose la capacidad de obrar en capacidad negocial y capacidad delictual o de imputación. En el Derecho romano clásico, la capacidad de obrar hace referencia a la facultad de realizar actos libremente, es decir, sin la necesaria mediación ajena. Pudiendo excluir o disminuir la capacidad de obrar circunstancias como la edad, el sexo, la enfermedad mental y la prodigalidad. Cfr. IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, ob. cit. Pág. 147 a 152.



concreto, que el menor supiera hablar bien. Y ello hasta que el emperador Justiniano legislara sobre la cuestión y aprobara el primer estatuto jurídico del menor, en que se atiende al dato objetivo de la edad<sup>31</sup>.

El primer exponente fehaciente se encuentra en el Derecho penal romano –en la Ley de las XII Tablas, concretamente en la Tabla VIII-, que fija límites a la imposición del castigo penal por razón de la edad<sup>32</sup>.

La Tabla 8, 9 establece: para el delito de pasto abusivo y el delito de corte nocturno de la mies, disponía que no se aplicase la pena capital a los impúberes, sustituyéndose por una sanción en vía de policía –si así lo estimaba el magistrado o pretor- y el resarcimiento del daño o el pago de una cantidad pecuniaria (generalmente el doble del ilícito cometido: *in duplum*), por quienes ejercieran la patria potestad o guarda del menor infractor. Y la Tabla 8, 14: para el hurto cometido por impúberes la pena capital era reemplazada por una simple amonestación (*verberatio*) –a criterio del pretor- y la obligación de reparar el daño causado<sup>33</sup>. Todo ello con fundamento en la presunción de que la impubertad es un estado intelectual de discernimiento incompleto, y en el principio general que distingue entre actos voluntarios e involuntarios, equiparándose los del menor de edad a los actos involuntarios.

---

<sup>31</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 13 y 44 a 50. Del mismo autor: *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, ob. cit. Pág. 29. El Estatuto Jurídico del Menor de Edad de Justiniano data del siglo VI d. C. El emperador excluye la responsabilidad penal del menor de siete años. A partir de esa edad, se era impúber hasta los nueve años y medio las mujeres, y los diez años y medio los varones. El menor próximo a la pubertad sería considerado responsable penalmente atendiendo a su capacidad de discernimiento de la ilicitud de su acto. La pena de muerte, aunque nunca llegó a aplicarse, era posible a partir de los doce años para las mujeres, y de los catorce para los varones.

<sup>32</sup> La *Lex XII tabularum* o Ley de las Doce Tablas, también denominada “ley decenviral”, data del siglo V a.C. (451-449), referida a materias de Derecho privado, procesal y penal. Son dos las categorías distinguidas por los romanos en materia de edad, en relación con la capacidad de las personas: *impuberes* –aquéllos que no han alcanzado la aptitud fisiológica para la procreación- y *puberes* –varones mayores de catorce años, o mujeres de doce años cumplidos-, con plena capacidad para toda clase de actos, incluidos los delictivos. No obstante, aún cuando «en principio, la capacidad penal se adquiría con la pubertad, si bien ya en la Ley de las XII Tablas se demostraba que esa capacidad, y subsiguiente imputabilidad penal del menor, venía considerada, y como tal resuelta, como una cuestión de hecho». Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 29.

<sup>33</sup> T. 8, 9: *Frugem... aratro quaesitam noctu pavisse ac seccuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant... inpubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni*. T. 8, 14: *Ex ceteris... manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset... ; servos verberibus affici et e saxo praecipitari ; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voverunt noxiamque... sarciri*. Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 30. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 44.

En consecuencia, la capacidad penal se adquiriría con la pubertad<sup>34</sup>. Hasta entonces, el menor carecía de una verdadera capacidad de obrar, sin ser, por tanto, sujeto penal propiamente dicho.

Si bien y en la práctica, y en la línea de evolución del Derecho romano, este principio no se mantuvo. En el Derecho romano clásico, la responsabilidad penal del menor de edad contemplaba una triple clasificación: la primera, de irresponsabilidad absoluta (menor con edad inferior a siete años, o *infans*: plazo temporal de determinación legal, a quien no se le pueden imputar moralmente sus actos como causa racional y libre: *nullum intellectum habet*); la segunda, de irresponsabilidad hipotética o responsabilidad condicionada (de entre los siete a los catorce años, o *impubes*), deducible de la presencia o no de la capacidad de discernimiento del menor (*doli capax*); y la tercera, de responsabilidad atenuada (de entre los catorce y los veinticinco años, o *minor*), dado que si bien eran sujetos de derecho, debían ser tratados con apreciable benignidad al no tener todavía plenamente desarrollada su inteligencia<sup>35</sup>. De encontrarse ausente el discernimiento, el menor de edad era considerado irresponsable e inimputable penalmente.

El concepto de discernimiento (*capatis doli*), se asocia a la posesión de la conciencia del bien y del mal. Subyace la idea de que la malicia suple la edad en los casos en que el menor actúa con discernimiento o *furtum*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> En el Derecho romano antiguo (desde la fundación de Roma hasta el siglo II a.C.), la pubertad se presumía, en los varones a los catorce años cumplidos, y en las mujeres a los doce años.

<sup>35</sup> Al igual que en el Derecho romano antiguo, también en la época clásica (siglo II a.C. – siglo III d.C.) la pubertad se presumía, en los varones a los catorce años cumplidos, y en las mujeres a los doce años. Se inicia con la promulgación de la *Lex Laetoria de Circumscriptione Adulescentium* –sobre el engaño de los adolescentes–, plebiscito de fecha incierta (entre el año 200 y 191 a. C.). Con esta Ley se introduce el término jurídico de «menor», en el sentido de ser alguien que, por no haber alcanzado determinada edad, necesita de especial protección. Cfr. CRUZ Y CRUZ, E.: «El concepto de menores infractores», ob. cit. Pág. 338-339. La autora remite a la *Lex Cornelia de Sicaris*, L. 48, tít. 8, ley 12. En el mismo sentido: BETANCOURT SERNA, F.: *Derecho Romano Clásico*, Colección: Manual Universitario Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007. Pág. 49; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, 18ª ed., Madrid, 1986. Pág. 89 a 91; BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», ob. cit. Pág. 4; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: «La minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 399.

<sup>36</sup> Ya Gayo (siglo II a.C), en sus *Instituciones* se refiere al *furtum*, explicando que el motivo determinante de la responsabilidad del impúber es el conocimiento, el darse cuenta, la conciencia clara de que está realizando un acto delictivo. Lo que normalmente acontece en un impúber ya próximo a la pubertad: *In summa sciendum est quaesitum esse, an impubes rem alienam amouendo furtum faciat. Plerisque placet, quia furtum ex adfectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et*

En consecuencia, el Derecho romano contiene ya una primera delimitación clara de la responsabilidad penal en función de la edad en íntima conexión con la capacidad de discernimiento sobre la ilicitud del acto. A la vez, contempla el primer conato de responsabilidad civil *ex delicto* cometido por el menor infractor, que recaería en quienes ejercieran la patria potestad o guarda del menor, con independencia de su posible responsabilidad penal por razón de la edad. En cuanto a la pena capital, las fuentes indican que los romanos eran muy reacios a su aplicación al menor de edad<sup>37</sup>.

En el período del Bajo Imperio se acuña la máxima *malitia supplet aetatem*, que sirve para fundamentar la asimilación en materia penal del *proximus pubertatis* que obra con discernimiento, al adulto<sup>38</sup>. Se pasa de forma paulatina de un régimen punitivo puramente doméstico, arbitrario y privado, complementario al estatal, a un régimen público, de justicia, cuyo objetivo es la enmienda del infractor: *Poena constitur in enmendatione hominum*. Si bien, con el desarrollo de la vida económica del Imperio, pronto se dejaron ver los inconvenientes de la plena capacidad a edad tan temprana, quedando nuevamente atenuada para los púberes menores de veinticinco años<sup>39</sup>. A

---

*ob id intellegat se delinquere* (Gai., *Inst.*, 3, 208). Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 30.

<sup>37</sup> Vid. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 18.

<sup>38</sup> El *infans*, de 0 a siete años, era considerado absolutamente incapaz de realizar actos jurídicos: *in parvulis nulla deprehenditur culpa*. El *impubes*, varón o mujer que ha alcanzado el desarrollo intelectual suficiente para intervenir en el tráfico jurídico, era entendido como incapaz para todos aquellos negocios que pudieran acarrearle un perjuicio, no pudiendo obligarse ni enajenar, aún cuando tenga la capacidad de adquirir y obligar al extraño que con él contrata. Entre los impúberes se podía distinguir: *impuber infantia maior*, entre los siete y los diez años y medio en los varones, y nueve años y medio en las mujeres, a los que, por su proximidad a la infancia, no era usual el castigo por entender que no tenían la suficiente conciencia de la ilicitud de sus actos; y el *impuber pubertati proximus*, entre los diez años y medio y los catorce si era varón, o entre los nueve años y medio y los doce si era mujer, con capacidad de expresar su voluntad aunque inexperta, al que se le consideraba responsable por algunos hechos delictivos –por ej. el delito de injurias– y debía hacer efectivas las obligaciones que de ellos se derivaran. Y el *pubes*, con plena capacidad para disponer, obligarse y responder de sus actos (en materia de matrimonio y testamento), si bien, en el ámbito penal y otros negocios jurídicos, gozaban de medidas protectoras, por lo que eran denominados *minor* en sentido técnico: varón mayor de los catorce años y mujer mayor de los doce años, pero menores de veinticinco años; aún cuando, en un primer momento, se puso el límite de imputabilidad penal plena en los dieciocho años cumplidos. Si bien, en la práctica, sólo los púberes mayores de veinticinco años eran considerados plenamente responsables penalmente, a los que se les aplicaría la ley penal de adultos. En este sentido se declara el *Digesto* (también denominado *Pandecta*) o *Compilación de Justiniano*, que data del siglo VI d.C. Esta compilación de material jurisprudencial romano consta de 50 libros, los cuales –a su vez– se pueden dividir en siete partes. Es la séptima (libros 45 a 50) la que se refiere al derecho penal. Cfr. ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, ob. cit. Pág. 90 y 91; IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, ob. cit. Pág. 150.

<sup>39</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 15; *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, ob. cit. Pág. 29 a 31.

partir de los veinticinco años cumplidos, se tomará en consideración el régimen penal aplicable a los adultos.

Siglos más tarde, tanto la escuela de los Glosadores como la escuela de los Postglosadores o Comentaristas, mantienen a *grosso modo* los tres períodos de la menor edad del Derecho romano, pero sin pronunciarse expresamente sobre la responsabilidad penal del menor en dichas franjas de edades<sup>40</sup>. A salvo de la equiparación entre menor e incapaz, siempre que fuese de corta edad, afirmando su irresponsabilidad penal absoluta, si bien estableciendo la obligación de vigilancia de sus guardadores, y consecuentemente la responsabilidad civil *ex delicto* para el caso de infracción penal del menor sometido a su guarda o custodia<sup>41</sup>.

Será la legislación romana la que influirá en las legislaciones europeas, llegando hasta nuestros días una terminología muy similar a la utilizada por sus leyes<sup>42</sup>.

---

El autor cita a: CARNAZZA-RAMETTA, G.: *Studio sul Diritto Penale dei Romani*. Anastatica, Ed. L'Erma di Bretschneider, Roma, 1972. Pág. 188. Si el menor actuó con discernimiento hasta la edad de veinticinco años se le aplicaba la pena correspondiente pero atenuada, a excepción del delito de falsificación de moneda, en que era considerado irresponsable.

<sup>40</sup> La escuela de los Glosadores nace en la Universidad de Bolonia (mediados del siglo XI – siglo XIII). Fundada por Irnerio, aplican el método interpretativo o exegetico al estudio del *Corpus Iuris* de Justiniano, particularmente del *Digesto*. Hasta asentar las bases de la ciencia jurídica moderna. La escuela de los Postglosadores o Comentaristas (siglo XIV), manejando la dialéctica escolástica, estudian las Glosas de la escuela anterior, sin entrar ya en la interpretación de los textos justinianeos, labor de exégesis realizada por los glosadores.

<sup>41</sup> Así lo señala Bartolo de Sassoferrato, uno de los postglosadores principales: *Parentes nemque teneri pecunialiter de delicto per furiosus cognatus comiso, ut attentius curent ne quis de agnatione auc vicinia delinquat* (In leg. Iure provisum, C. De Fabric. Lib. 2, Tit. 9). Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 30. Este afán de proteger al menor de edad tuvo su razón de ser en la generalización de abandono de menores, hasta constituir un grave problema. Valentiniano I prohibió el abandono del recién nacido (siglo IV d. C.). Cfr. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 15-18.

<sup>42</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, ob. cit. Pág. 31. El autor refiere, más concretamente, la teoría del discernimiento, que fue asumida y aplicada por la mayoría de los Códigos penales europeos.

### 2.3. El Derecho canónico<sup>43</sup>.

El criterio del discernimiento y la distinción por franjas de edades del Derecho romano clásico será acogido por el Derecho canónico para la determinación de la responsabilidad penal del menor, de forma más explícita.

El menor es considerado totalmente irresponsable hasta los siete años cumplidos<sup>44</sup>. A partir de esa edad, la capacidad para delinquir y la consiguiente responsabilidad penal deberá apreciarse según el caso concreto si se comprueba que el menor de edad obró con discernimiento, pero siempre de forma atenuada. La plena responsabilidad penal se determina con la pubertad, fijada en los catorce años, tanto para varones como para mujeres<sup>45</sup>. No obstante, si se trata de un impúber *proximus*

---

<sup>43</sup> La rama del saber dedicada al estudio del Derecho de la Iglesia o ciencia canónica surge tras un laborioso proceso histórico, que empieza a perfilarse en el siglo IX d. C. Sus orígenes nacen del esfuerzo por valorar y comprender las decretales de los Papas (respuestas escritas a casos concretos, desde el siglo IV al siglo XV) y los cánones de los Concilios, comenzando por recopilar las colecciones canónicas cronológicas, dando paso a las sistemáticas. Esta actividad constituye el precedente del método científico surgido con Graciano en el siglo XII, considerado como la Edad de Oro del Derecho Canónico. Cuando el estudio de la recopilación justiniana se había configurado como la base de los estudios universitarios de Derecho, surge el Decreto de Graciano (1140 d. C.) que sienta las bases del Derecho Canónico clásico, logrando así establecer la autonomía científica del Derecho de la Iglesia en relación con la Teología. Su importancia fue clave para establecer, junto con el Derecho Romano, los pilares de la cultura jurídica medieval. Hasta formar el Derecho Común de los territorios europeos. «Sobre la fundamental raíz latina del Derecho de los pueblos románicos –Italia, Francia, Portugal y España– actúa en los siglos XI y XII un sentimiento de unidad espiritual que, sobreponiéndose a todos los particularismos, concibe el Derecho Romano como *ius commune*». Vid. IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, ob. cit. Pág. 80. Una vez que Graciano sintetizó la tradición jurídica de la Iglesia, los papas iniciaron una intensa producción de decretales que habrían de integrarse en el *Corpus Iuris Canonici*. Al igual que el Derecho romano clásico, el cuerpo jurídico eclesiástico también fue objeto de numerosas glosas y comentarios por parte de numerosos canonistas, que surgieron con el nacimiento de las universidades. Surgen así la escuela de los Glosadores y la de los Postglosadores, que aplican el mismo estilo adoptado por la ciencia jurídica civil. Si bien, la edición oficial del *Corpus Iuris Canonici* no llega hasta el siglo XVI, que mandó imprimir el papa Gregorio XIII (1582 d. C.).

<sup>44</sup> Al menor de siete años o *infans* se le equiparaba «al loco o al que se halla durmiendo». Vid. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 20 y 21.

<sup>45</sup> El Decreto de Graciano señalaba que al menor de escasa edad no se le podía exigir responsabilidad por la comisión de actos delictivos, sin precisar el límite de edad a efectos de imputabilidad delictual. Las Decretales de Gregorio IX o *Liber Extra* (1234 d. C.) declaraban responsable en algunos casos al menor impúber, si bien, por razón de su edad, se le exigiría una responsabilidad penal atenuada; en otros casos, el menor de catorce años era considerado irresponsable plenamente. «*Pueris grandiusculis peccatum volunt attribuire quidam nisi ab annis XIV cum pubescere caperint. Quid merito crederemus si nulli essent peccata nisi quoe membris genitalibus admittuntur. Quis vero audax affirmare fuit mendatia ac perjuria non esse peccata. At his plena puerilis oetus, quamvis in iis non ita ut in maloribus puniendi videantur*». Cfr. Decretales de Gregorio IX, cap. X. En las Clementinas (colección de Derecho canónico publicada por el papa Juan XXII en el año 1347 d. C., compuesta por las decretales del papa Clemente V y los cánones del Concilio de Viena), se establecía un período de inimputabilidad plena para el menor de siete años, por considerar que un menor de esa edad carece de malicia; a partir de ahí, hasta los catorce años, la responsabilidad penal del menor que delinque se exigiría en función de la mayor o menor conciencia del acto ilícito cometido. Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la

*pubertis* la presunción es de imputabilidad, al contrario de si se trata de un impúber *proximus infantiae*, en que la presunción es de imputabilidad atenuada o inimputabilidad absoluta, atendiendo al criterio del discernimiento sobre la ilicitud del acto. En caso de duda se decide a favor del reo menor de edad<sup>46</sup>. La jurisdicción canónica entiende que el menor no es plenamente consciente del bien o el mal producido, de lo justo o lo injusto, por lo que su pena debe ser menor que la que se impone al adulto.

Fue muy grande la pretensión de algunas instituciones eclesiásticas de intentar redimir a la juventud más que imponer castigos, planteamiento vinculado a la tradición cristiana del arrepentimiento y la expiación del pecado cometido, y de la redención de la culpa mediante la aceptación de una sanción justa y merecida.

Esta concepción del castigo como fenómeno individual y moral de arrepentimiento sería asumida por la «teoría expiacionista», una de las formulaciones de las «teorías absolutas o retribucionistas». Para este sector doctrinal, el castigo no busca el restablecimiento de la norma infringida sino de la propia personalidad del infractor. El infractor debe reconocer en el castigo la respuesta justa y merecida por su delito, asumiendo su culpa y mostrando su arrepentimiento, con el compromiso de reparar el daño causado<sup>47</sup>. Lo que pone en duda la compatibilidad de la «teoría expiacionista» con el Derecho positivo español, que parte de la naturaleza retributiva y preventiva de la pena, es decir, la pena debe ser equivalente al injusto culpable, según la mayor o menor

---

minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 31; PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 20, 21 y 23.

<sup>46</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Ed. Comares, Granada, 1998. Pág. 1(38-39) a 208. De la misma autora, especialmente interesante lo concerniente al criterio del discernimiento: «Minoría de edad penal y derecho penal juvenil. Aspectos políticos criminales», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12, Publicaciones Eguzkilore, San Sebastián, 1998. Disponible Internet: [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin\\_revista/ivckei\\_eguzkilore\\_indizea/es\\_eguzkilo/eguzkilore\\_indizea.html](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivckei_eguzkilore_indizea/es_eguzkilo/eguzkilore_indizea.html). Pág. 65-74.

<sup>47</sup> Frente a las «teorías absolutas» de Kant, Hegel y Binding antes mencionadas, será KAUFMANN quien conciba la culpabilidad y la pena no como fenómenos jurídicos, sino morales, confiriendo a la pena un sentido positivo, ya que el infractor condenado no sólo padece el castigo sino que además repara el mal ocasionado (componente social) y se arrepiente (componente moral). En el mismo sentido: JAKOBS, quien mantiene que el castigo no se impone al condenado *per se* e irracional, sino ya moralmente autónomo y con capacidad de rectificar. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: «Las Teorías Clásicas de la Pena», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 11. URQUIZO OLAECHEA, J. (Dir.), Ed. IDEMSA, Lima, Septiembre 2002. Pág. 332(360-361 y 366) a 394; JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (Trad.), Ed. Civitas, Madrid, 2ª ed., 2000. Pág. 1(28-30) a 66; *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 246-249.

gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, y suficiente para evitar otros hechos criminales<sup>48</sup>.

No obstante, la «teoría expiacionista» ha sido asumida en buena medida por las modernas «teorías de la prevención especial», y en concreto del «modelo resocializador», al margen, eso sí, de componentes éticos, moralizadores y metafísicos. A juicio de Feijoo Sánchez, la idea de expiación no fundamenta la pena estatal, pero puede ser una manifestación concreta y fáctica de la legitimación de aquélla<sup>49</sup>.

Tuvo un gran peso en el surgimiento de las primeras instituciones correctoras para menores, desarrollando además una pía labor de apoyo<sup>50</sup>. Si bien, tal pretensión

---

<sup>48</sup> Las llamadas «teorías relativas» de la pena (utilitarias o prevencionistas) plantean la finalidad del castigo mirando al futuro. Es decir, discuten el para qué de la pena, que no reside en el hecho ya cometido y evitable –*quia peccatum est*– sino en la evitación de la criminalidad en el futuro y neutralización de la peligrosidad del penado –*ne peccetur*–. De entre éstas, cabe distinguir: las «teorías de la prevención general», bien negativa (la pena intimida por lo que inhibe la conducta ilícita. FEUERBACH fue su máximo exponente y su «teoría de la coacción psicológica»), bien positiva (la evitación del castigo cumple funciones ejemplarizantes en el individuo de respeto de la norma. WELZEL (función pedagógica de la pena), DURKHEIM (aclara y recuerda la vigencia de la norma) y JAKOBS-LUHMANN (cometido positivo del castigo en cuanto que garantiza las expectativas sociales que la norma genera y el delito defrauda); y las «teorías de la prevención especial»: la función resocializadora de la pena concreta, tal y como se ejecuta y se cumple. Su máximo exponente: VON LISZT.

<sup>49</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: «Las Teorías Clásicas de la Pena», ob. cit. Pág. 358. Sobre las teorías de la prevención general y especial: Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho penal*, ob. cit. Pág. 258 a 297.

<sup>50</sup> En 1337, el rey Pedro IV de Aragón implantó en Valencia la institución francesa “Padre de Huérfanos o Pare d’Orfens”, con el objetivo de proteger al menor delincuente del juicio de la sociedad por el ilícito cometido, aplicándole medidas educativas y de capacitación, en aras a su rehabilitación. Por sus efectos benéficos se extendió a otras partes de España. «Se dedicaba a la recogida de niños abandonados en los bordes de los caminos y en los quicios de las puertas». Inicialmente de naturaleza administrativa, se encargaba de conseguir curadores idóneos para sus protegidos; con capacidad para adoptar medidas correctoras y solicitar la intervención del Juez penal, si fuere necesario. Hasta el conseguimiento de curador idóneo, ejercía las funciones del curador, con el fin de apartar a los menores de cualquier peligro, y buscarles una ocupación honrada. En 1407 quedó establecido el Juez de Huérfanos, con funciones de Juez en las causas y querellas que con los huérfanos tuvieran relación. El primer Padre de Huérfanos fue D. Arnaldo Simón, y el último D. José Ignacio de la Cueva (1793), momento en que sus atribuciones pasaron a la Casa de Misericordia de Valencia. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 18 (nota 53), y 86 a 121. Y la referencia del autor a: DE RODY, A.: «Instituciones para menores delincuentes», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 21, año II, Madrid, Diciembre\_1946. Pág. 62. Del mismo autor: «Un aniversario en el extranjero y una institución genuinamente española», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, núm. 27, Madrid, Junio\_1947. Para un estudio más detallado de gran interés: CUELLO CALÓN, E.: «La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española», en *Revista Penitenciaria*, año II, tomo II, Ed. Eduardo Arias, Madrid, 1905. Pág. 746 y ss. Como figuras e instituciones que desarrollaron una labor ingente en la educación y amparo de los menores: San Nicolás de Bari, visitador de cárceles y cuidador de menores; San Carlos Borromeo; el Papa Clemente XI; algunas asociaciones de caridad como las Hermanas de la Visitación; San Benito, Abad de Montecasino; la Compañía de Jesús (1535); San Vicente de Paúl (1581); los Padres Escolapios (1597); los Padres Paúles y Sacerdotes de San Sulpicio (1642); la Sociedad de San Vicente de Paúl, entre cuyas actividades está el cuidado de los menores ingresados en instituciones penitenciarias (1833); el Padre Fray Luis Amigó i Ferrer (1854),

chocaba de plano con la concepción clásica de la pena como medio de control social y de restablecimiento de la justicia.

La influencia que ejerció el Derecho Canónico en la legislación penal juvenil de todas las naciones europeas que profesaban la fe católica de Roma es notoria. En todas ellas, la responsabilidad penal del menor de edad se fija por tramos según la situación específica del menor, por lo que se acoge la presunción de irresponsabilidad absoluta hasta alcanzar el límite de edad mínimo fijado, y a partir de ahí se establece el exámen del discernimiento, con posibilidad de atribución de dolo a los impúberes mediante prueba expresa, y una atenuación genérica de las penas por tratarse de menores de edad dejada al arbitrio judicial<sup>51</sup>.

#### 2.4. El Derecho visigodo y los Derechos forales<sup>52</sup>.

En el Derecho germánico-visigodo de la Edad Media no hay datos de que se haga distinción de la responsabilidad penal del menor de edad por tramos de edad<sup>53</sup>.

---

fundador de la Orden de Terciarios Capuchinos de Nuestra Señora de los Dolores y de la Congregación de Hermanas Terciarias Capuchinas de la Sagrada Familia, dedicadas a la atención de la juventud más desviada, y tantas otras instituciones.

<sup>51</sup> Sirva de ejemplo el art. 164 de la *Peinliche Gerichtsordnung* de 1532 promulgada por el emperador Carlos V (años 1500-1558 d. C.), comúnmente conocida como la «Carolina», en que se indica que en el caso del robo cometido por un menor de catorce años, se le impondrá un castigo corporal y la renuncia a vengarse, en lugar de la pena capital. De tratarse de un criminal peligroso o un ladrón, podría llegar a imponérsele la pena de muerte, previa comprobación de la existencia de malicia en el menor infractor y consulta a un Consejo de jueces. Cfr. CRUZ Y CRUZ, E.: «El concepto de los menores infractores», ob. cit. Pág. 339.

<sup>52</sup> El final de la España romana se produce a comienzos del siglo V d. C, con la entrada de los pueblos bárbaros de origen germánico en las Galias (año 406), quienes, tres años más tarde (año 409), los mismos pueblos germánicos (suevos, vándalos y alanos) irrumpirán violentamente en la Península Ibérica. Si bien su ordenamiento jurídico –cuyo primer texto legal fue el Código de Eurico–, comienza a tener efectividad en España un poco más tarde, con su definitivo asentamiento en el siglo VI d.C, cuando se constituye el Reino visigodo español bajo el reinado de Alarico II (año 506). De esa época data el Breviario de Alarico o *Breviarum Alarici*, también conocido como *Lex Romana Visigothorum*. El pueblo visigodo llegó a alcanzar un alto nivel de romanización, por lo que mantuvo la continuidad tanto en el ámbito social, como religioso –con la conversión de Recaredo al catolicismo– y jurídico. En buena medida, habían asimilado el ordenamiento jurídico romano hasta incorporarlo a sus propios códigos.

<sup>53</sup> El Derecho germánico no hacía la distinción tripartita del Derecho romano. Consideraba mayor de edad penal, al joven capaz de empuñar las armas y fijaba como límite de edad los doce años para los sajones, catorce años para los suavos, y trece años para los visigodos y borgoñeses. El Derecho longobardo estableció que hasta los doce años el niño no debe pagar el *fredus* al Estado. Según el Estatuto de Lubeck, cuando un menor de doce años mataba a otro niño, el juez debía ofrecer al delincuente una manzana y una moneda. Si el niño elegía esta última, demostraba con ello su madurez y debía sufrir castigo. En Bretaña se quedaba emancipado de la tutela a los catorce años, a cuya edad se podía condenar a muerte por robo. La *Sachsenspiegel* y *Schwabenspiegel*, disposiciones germánicas del siglo XIII, fijan el límite de la minoridad penal y civil, la primera a los doce años, y la segunda a los



Simplemente, la etapa de la infancia, de irresponsabilidad penal absoluta, se extiende hasta la adolescencia, momento en que el individuo empieza a ser plenamente responsable sin atenuación de la pena aplicable a los adultos. Se fijaba el límite de imputabilidad penal del menor en los doce años. A diferencia del Derecho franco-visigodo, en que dicho límite estaba en los catorce años<sup>54</sup>.

De donde se deduce, por un lado, que el criterio de determinación de la responsabilidad penal del menor venía delimitado según el dato objetivo de la edad, dejando a un lado el criterio del discernimiento apuntado por el Derecho romano. Y, en cuanto al Derecho penal aplicable al menor infractor, se vuelve a los postulados del mundo antiguo: el «modelo punitivo», que prescinde de tratar al menor de edad como sujeto de derechos para convertirse en objeto tuitivo del Estado. Pudiéndose observar una especie de involución ante el retroceso de garantías que ofrecían los sistemas penales griego y romano.

En palabras de Cámara Arroyo, la evolución del Derecho germánico, inicialmente no formulado y consuetudinario, comprende un proceso de asimilación del Derecho romano que va adaptando a las necesidades del pueblo fundamentalmente visigodo, pasando de ser un ordenamiento popular a uno esencialmente legalista<sup>55</sup>.

En el *Liber Iudiciorum*<sup>56</sup> sólo existe un fragmento en que se establece el límite de los diez años de edad a efectos de determinación de la responsabilidad penal del

---

catorce. En Inglaterra, tras la caída del Imperio romano, se consideraban los diez años como la edad del discernimiento y consiguiente responsabilidad penal, pasada la cual, podía imponérsele al menor infractor la pena capital. Más tarde, las viejas costumbres sajonas fijan la edad de los doce años de edad como la edad del discernimiento. Después un reglamento del siglo X de la ciudad de Londres establecía que el ladrón sorprendido *in fraganti*, no podía escapar de la muerte inmediata a no ser que tuviera menos de doce años, y si el valor del objeto robado era inferior a doce denarios. Cfr. SABATER TOMÁS, A.: *Los delincuentes jóvenes: estudio sociológico y penal*, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1967. Pág. 1(41) a 375; CRUZ Y CRUZ, E.: «El concepto de menores infractores», ob. cit. Pág. 339.

<sup>54</sup> Cfr. CRUZ Y CRUZ, E.: «El concepto de menores infractores», ob. cit. Pág. 339. El Derecho germánico-visigodo, inicialmente consuetudinario y popular, pasó a ser esencialmente legalista, conectado con los principios romanos hasta el reinado de Recesvinto. Será la tradición legislativa de la Iglesia Católica la que ayude a consolidar definitivamente su sistema legalista. Se menciona el Derecho franco-visigodo puesto que los visigodos que se asentaron en las Galias provenían de tierras hispanas, altamente romanizados. Cfr. GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.; GARCÍA MARÍN, J. M.: *El Derecho Histórico de los Pueblos de España*, ob. cit. Pág. 105-107.

<sup>55</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 52.

<sup>56</sup> El Código de Recesvinto o *Liber Iudiciorum* –también conocido como *Liber Iudicum* o libro de los jueces y *Lex Visigothorum*– data del siglo VII d. C (año 654). Redactado en latín y de base romanista,

menor infractor, para los casos en que el menor leyera libros que contuvieran doctrinas heréticas de origen judío<sup>57</sup>. Con posterioridad y para el mismo supuesto, el Fuero Juzgo estableció el límite de responsabilidad penal en los doce años<sup>58</sup>. Por lo que los menores de dicha edad quedaban exentos de toda responsabilidad penal<sup>59</sup>.

La misma concepción de la responsabilidad penal del menor es acogida en los Derechos forales de España, en los que, según las regiones, se estipulan normas concretas para casos particulares. No existiendo una doctrina orgánica sobre la situación legal del menor infractor<sup>60</sup>.

Los primeros datos de que se disponen en nuestro Derecho histórico sobre un tratamiento diferenciado en materia de responsabilidad penal por razón de la minoría de edad la hallamos en el Fuero de Plasencia, que autoriza la corrección paterna, permitiendo que el hijo insumiso o rebelde recupere su libertad, siempre que muestre

---

constituye la obra cumbre de la legislación visigoda, que sirvió para que el Estado visigodo lograra su nacionalismo jurídico y su desprendimiento de la tradición romana. Se estructura en doce libros, subdivididos en títulos en que se ordenan las leyes según las materias. Su aplicación se extendía tanto a hispano-romanos como a visigodos. Fue revisado por Ervigio (año 681). Cfr. GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.; GARCÍA MARÍN, J. M.: *El Derecho Histórico de los Pueblos de España*, ob. cit. Pág. 108 a 144.

<sup>57</sup> *Liber Iudiciorum* 12, 3, 11: *Infantes tamen ipsi, vel pueri a tantis supradictis damnis erunt alieni, si ipsam perfidia doctrinam infra X aetatis suae annos positi meditasse fuerint visi. Caetarum si post X, annos quisquis talia attendit, mel meditari vetita praesumserit, superioris institutionis damna vel verbera adnotatus sustineat*. Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 31.

<sup>58</sup> El Fuero Juzgo, traducción oficial al castellano del *Liber Iudiciorum*, data del siglo XIII d.C. (año 1241), bajo el reinado de Fernando III. El *Liber Iudiciorum* se había implantado en el reino de León y Toledo, y su espíritu pervivía con carácter general. Lo que propició su difusión como Fuero propio de otras zonas de España, especialmente en las zonas Sur y Levante. Cfr. GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.; GARCÍA MARÍN, J. M.: *El Derecho Histórico de los Pueblos de España*, ob. cit. Pág. 309 a 319. La doctrina no es unánime en cuanto a la determinación de la edad: autores como GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN la sitúan en los quince años basándose en las costumbres de los pueblos germánicos ripuarios y borgoñones; otros autores como ZEUMER señalan los catorce años como momento de adquisición de la plena capacidad jurídica del menor, tanto para varones como para mujeres. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 53.

<sup>59</sup> Fuero Juzgo 12, 3, 11: *E aquellos mozos é aquellos ninños estonce seran libres de la pena é de los azotes que nos establecimos, quando fuere probado que leyendo ellos aquel error non avien doce annos; é si ovieren mas de doce annos, e leyeran aquella abusion, sufra la pena, é el pecho, é los azotes que sus maestros han de sufrir en esta nuestra constitución*. Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 31.

<sup>60</sup> La variedad de legislaciones forales se debió, principalmente, al esfuerzo de los distintos reinos visigodos imperantes en la Península Ibérica por defender sus territorios, ante la amenaza de los musulmanes. Ello significó el reconocimiento de privilegios por cada uno de los reinos, publicándose cuadernos para las distintas comarcas, lo que dio lugar al Derecho foral. Abarca los siglos VIII a XVI, la Alta y Baja Edad Media. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 60-77; CUELLO CALÓN, E.: «La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española», ob. cit. Pág. 741 y ss.

arrepentimiento<sup>61</sup>. Lo que hace pensar que el elemento de determinación de la responsabilidad penal está –implícitamente– en el discernimiento del menor de su mala acción, siempre que se enmiende de su actuar ilícito.

Algunos Fueros municipales se preocupan de la imputabilidad penal del menor de forma explícita. En el Fuero de Brihuega parece que la responsabilidad penal se establece en los diez años cumplidos. Y en el Fuero de Ledesma se rebaja la edad penal a los nueve años cumplidos<sup>62</sup>.

En otros, sin embargo, se trata la cuestión de forma más somera. En el Fuero de San Miguel de Escalada, se establece un período de irresponsabilidad absoluta para el menor, con base en un criterio fisiológico: el momento en que se produce el cambio de dientes. En el Fuero de Salamanca, se establece la necesidad de que el padre o pariente más próximo preste juramento para eximir de responsabilidad penal al menor autor de un delito de homicidio o de lesiones. En el Fuero Villavencio, se declara la irresponsabilidad absoluta del menor de *status* jurídico elevado si se le culpa de lesiones a consecuencia de una riña<sup>63</sup>.

En todos los Derechos forales late la pretensión de no internar al menor infractor en instituciones públicas, prefiriendo que sea la propia familia del menor quien lo retenga, autorizándose la corrección paterna. Sólo en casos excepcionales intervendrá la autoridad pública, cuando la autoridad familiar se halle depauperada.

Existe una referencia muy imprecisa en relación con los actos ilícitos cometidos por personas sometidas al poder o tutela de otra persona, cuando lo hicieron por mandato de su guardador, entre quienes se encuentra el menor llamado *mancebo*, pero del que no se hace alusión a su edad<sup>64</sup>. El delito cometido por el menor de edad en estos

---

<sup>61</sup> Fuero de Plasencia (año 1262), Libro VII: “*Fasta que sea manso y reciba sanidad*”.

<sup>62</sup> Cfr. HIGUERA GUIMERA, J.F.: «Antecedentes históricos de la minoría de edad penal», ob. cit.; ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 32.

<sup>63</sup> Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 32.

<sup>64</sup> Fuero Juzgo 8, 1, 1: *Ningun mancebo libre ó franqueado ó siervo si fiziere algun tuerto de mandado de su padron o del senn, el padron o señor sean tenudos de la enmienda é los que le ficieren por mandato dellos non deven aver ninguna culpa: ca no lo ficieron por su voluntad, mas por mandato de los sennores.* Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una*

casos se consideraba como un hecho casual e involuntario, y, en consecuencia, exento de toda responsabilidad penal. Podría decirse que se trata, más bien, de disposiciones referentes al derecho disciplinario del padre o guardador.

En conclusión, ni la legislación visigoda ni nuestros fueros municipales abordan la cuestión de la imputabilidad penal del menor de forma rigurosa. No puede concluirse que el modelo de responsabilidad del menor infractor esté perfectamente perfilado en base a unos criterios bien determinados y comunes a todo el cuerpo normativo. Por el contrario, son disposiciones aisladas, cuanto menos confusas, que, incluso, se entremezclan con otras cuestiones de protección de menores<sup>65</sup>. Sin que se diga nada en relación a la responsabilidad civil *ex delicto* de los padres o guardadores del menor infractor.

## 2.5. Las Partidas<sup>66</sup>.

A diferencia de los Derechos Forales, la legislación española de la Edad Media alude a la capacidad de actuación delictiva del menor de edad de forma sistemática en las Partidas atribuidas a Alfonso X El Sabio, bajo la influencia del *Liber Iudiciorum* del Derecho visigodo. Será la capacidad de discernimiento del menor infractor el elemento que determine su capacidad jurídica.

---

*perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 55; ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 31.

<sup>65</sup> En materia de protección del menor también se contemplan algunas disposiciones: Fuero Juzgo 7, 7, 3: serán castigados severamente los padres que echaban a sus hijos menores de edad, los vendían o sacaban bajo engaño; Fuero Real 2, 1, 8: contempla el supuesto de heridas causadas a los menores; y 4, 22: supuesto de abandono de menores.

<sup>66</sup> Las Partidas o *Espéculo*, obra atribuida por la generalidad de los historiadores a Alfonso X El Sabio, datan del siglo XIII d. C. (años 1255-1265). Se estructura en siete libros. Se trata de un texto a través del cual se consuma la recepción del Derecho común en Castilla, derecho aplicable en la práctica hasta el siglo XIX. Sintetiza los principios jurídicos, religiosos, filosóficos y morales dentro de la aportación jurídica medieval. «Para los tratadistas Jiménez de Asúa y Antón Oneca, Las Partidas son representativas de un esfuerzo por la unidad legislativa, y en palabras de Álvarez Martínez, verificaron un cambio profundo, una revolución radical en la legislación y en la jurisprudencia española». Vid. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*. Tesis Doctoral. COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002. Pág. 1(3) a 686. La autora toma como referencia: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928. Parte General*, t. I, Madrid, 1929. Pág. 39; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Nociones fundamentales del Derecho*, Madrid, 1855. Pág. 104. Un estudio pormenorizado de la minoría de edad penal en el cuerpo jurídico alfonsino en: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 32 a 35; LASALA NAVARRO, G.: «La cárcel y los niños durante las Edades Media y Moderna», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año I, núm. 8, Madrid, Noviembre\_1945. Pág. 44 y 45.

Al igual que en el Derecho romano, son varias franjas de edades las que se establecen para determinar la responsabilidad penal del menor. Siguiendo la tradición romanista, en algunos casos la edad sirve para eximir al menor de toda responsabilidad penal, en otros supuestos para atenuarla, y en otros para determinar la punibilidad plena del menor infractor equiparable a la exigida a un adulto. La eximente por menor edad queda abierta por quedar supeditada al tipo de delitos contenidos en el cuerpo normativo.

Hasta los diez años y medio, al menor infractor no se le puede imponer ninguna pena, «por mengua de edad y de sentido»<sup>67</sup>. Se utiliza, por tanto, el criterio biológico puro, que distinguía entre el menor de diez años y medio, que era irresponsable penalmente, y el mozo menor, que era el que tenía entre diez años y medio y catorce, que éste tenía una responsabilidad mitigada. A partir de los catorce años era plenamente responsable.

Se distinguen dos límites de edad según el tipo delictivo cometido.

Cuando se trate de delitos que atenten contra la honestidad o los delitos llamados de lujuria, será penalmente responsable el menor de edad que haya cumplido los catorce años si es varón, o los doce años si es mujer, justificando la inimputabilidad en la ausencia de entendimiento o de capacidad para comprender lo que se está haciendo, y en los supuestos en que el menor hubiera delinquido por coacción<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Partida 1, 1, 21: ... *por mengua de edad y de fentido*; Partida 7, 1, 9: *Non le deven dar ninguna pena; Partida 7, 31, 8: ...E fi por aventura el q ouieffe errado fueffe menor de diez anos e medio no le deue dar ninguna pena....* Referencia citada por: CÁMARA ARROYO, S.: *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, ob. cit. Pág. 32 y 72 a 77. A su vez tomada de: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 33 y 34.

<sup>68</sup> Partida 7, 1, 9: *Mozo menor de catorze años no puede fer acufado de ningü yerro ql fufieffen q ouieffe fecho en razo de luxuria. Ca maguer fe trabajaffe de fazer tal yerro como efte, no deue ome afmar q lo podria cüplir. E fi por aventura acaefcieffe q lo cüplieffe, no aura entedimiëto cüplido para entëder, nin faber lo q fazia. E porëde no puede fer acufado, nin le deuë dar pena porende. (...) Pero fi fueffe menor de diez años e medio: eftoce non le pueden acufar de ningun yerro que fizieffe. Effen mifmo dezimos q feria del loco, o del furiofo, o del defmemoriado q lo non pueden acufar de cofa que fizieffe mientra q le durare la locura. Pero non fon fin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar de quifa que non puedan fazer mal a otri. Partida 1, 1, 21: Effen mifmo dezimos del mozo que fueffe menor de catorze años: o la moza menor de doze: Moguer prouaffe fecho de luxuria. Eftos tales efcufados ferian de la pena de las leyes, por que no han entendimiento. Partida 7, 18, 2: Otrofi puede fer acufado defte yerro todo ome que lo fiziere: fueras ende mozo menor de catorze años, e la moza menor de doze. Partida 7, 21, 2: E fi le fuere prouado deue morir porende: ...o fueffe menor de catorze años. Ca eftonce non deue recibir*

Para el resto de delitos, será penalmente responsable el menor de edad, bien sea varón o mujer, que haya cumplido los diez años y medio<sup>69</sup>. Igualmente, la inimputabilidad del menor se justifica en la falta de entendimiento o sentido por los actos ilícitos cometidos, por no saber ni entender lo que está haciendo. Aún cuando para este segundo límite de edad, la responsabilidad podía ser atenuada hasta el límite de los diecisiete años<sup>70</sup>. Se entendía que, en esa franja de edad, aún cuando el menor infractor tuviera plena conciencia del ilícito cometido, se entendía que no era proporcionado imponer las mismas penas que las previstas para los adultos<sup>71</sup>.

Por lo tanto, con las Partidas se retorna a la responsabilidad individual del menor infractor del Derecho visigodo. La menor edad vuelve a ejercer una influencia notoria sobre la imposición de las penas: bien disminuyendo su duración aunque se cumpliera en lugares comunes, bien a través de castigos considerados más benignos, o la ejecución de penas especiales para menores infractores. Aún cuando, no por ello, se aplicaban penas severas tales como azotes, galera, mutilaciones, etc.

Por influencia del Derecho romano del Bajo Imperio así como del Derecho visigodo, se contempla la responsabilidad civil *ex delicto* imputable al menor de edad, para quien ejerce la patria potestad o su guardador, cuando el menor haya incurrido en un delito contra el honor, lesiones u homicidio<sup>72</sup>.

---

*pena, porque los que fon forzados non fon en culpa, otrofi los menores non entienden que es tan grá yerro como es aquel que fazen.* Referencias citadas por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 33.

<sup>69</sup> Partida 1, 1, 21: *...mas fi por aventura fueffen menores de diez años e medio, e fizieffen algun otro yerro, affi como furto, o omicidio, o falsedad, u otro malfecho qualquier ferian efcufados otrofi delas penas que las leyes mandan;* Partida 7, 8, 3: *Otrofi dezimos que fi algund ome que fueffe loco, o de fmemoriado, o mozo que non fueffe de edad de diez años e medio mataffe a otro, que non cae porende en pena ninguna, porque non fabe, nin entiende el yerro que faze;* Partida 7, 14, 17: *Mozo menor de diez años e medio, furtando alguna cofa como quier que fi lo fallare con el furto q lo pueden tomar con todo effo no pueden, nin deuẽ demandarle la cofa co la pena del furto. Effen mefmo dezimos del loco, del de fmemoriado, o furiofo.* Referencias citadas por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 33 y 34.

<sup>70</sup> Partida 7, 1, 9: *Pero fi acaefcieffe q este tal, otro yerro fizieffe, affi como fi firieffe, o mataffe, o furtaffe, o otro fecho femejante deftos e fueffe mayor de diez años, e medio, e menor de catorze: dezimos que bien lo puedẽ ende acufar: e fi aquel yerro le fuere prouado non le deuen dar tan grand pena en el cuerpo, nin en el auer como faria otro que fueffe de mayor edad, ate gela deuẽdar muy mas leue.*

<sup>71</sup> Partida 7, 31, 8: *...E fi fueffe mayor defta edad e menor de diez e fiete años, deuen le menguar la pena q darian a los otros mayores por tal yerro.* Citado por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 34.

<sup>72</sup> Partida 7, 15, 5: *Cadavno deftos que ficiẽffe daño en cofas de otro por mandado de aquel en cuyo poder efiueffe, non feria tenuto de fazer emienda del daño que afsi fueffe fecho. ...Pero fi alguno deftos*

En las Partidas también se contienen disposiciones relativas a la protección del menor de edad, sin duda por influencia del Derecho germánico<sup>73</sup>.

## 2.6. El Derecho en la época de las Recopilaciones<sup>74</sup>.

Desde las Partidas hasta la Codificación de 1822, son muchas las normas penales aplicables al menor de edad, fundamentalmente como consecuencia de la dispersión del cuerpo normativo existente en España ante la variedad de distintos Derechos locales y territoriales. Si bien, en todas permanece latente la misma motivación histórica de eximir o atenuar las graves sanciones previstas por el Derecho común ante la comisión de ilícitos penales por un menor, ya que, al igual que en épocas anteriores, al menor imputable se le vuelven a aplicar las mismas penas que a los adultos<sup>75</sup>.

---

*defhonraffe, o firieffe, o mataffe a otro, por mandado de aquel en cuyo poder eftouieffe, non fe podria efucar de la pena: por que non es tenuto de obedecer fu mandado en tales cofas como eftas.* Citado por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35.

<sup>73</sup> Partida 7, 8, 9: limita el abuso del derecho de corrección de padres y maestros, castigando con el destierro por 5 años; Partida 4, 20, 4: dispone que no sean entregados a los padres los niños que fueron abandonados; Partida 7, 14, 22: castiga con la pena de muerte el robo de niños; Partida 7, 22, 1 y 2: establecen penas severas en los casos de prostitución de menores. Referencias citadas por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35.

<sup>74</sup> El sistema de recopilaciones es propio de la Alta Edad Moderna, que abarca desde los Reyes Católicos (siglo XV) hasta el siglo XVIII. La progresiva desaparición de los Derechos locales y el fortalecimiento del poder del Estado se traducen en una inusitada actividad creadora de disposiciones normativas: unas veces requeridas por los nuevos problemas que van surgiendo, y otras para ofrecer soluciones unificadas cuando tales problemas se abordan con distintos criterios. Tanto el monarca como las Cortes, artífices del cuerpo legislativo desde la época anterior, ejercen dicha actividad legislativa desde distintos frentes, lo que dará lugar a un difícil manejo del conocimiento ante tal cantidad de disposiciones. De ahí que la solución sea, al igual que en la época imperial romana, la formación de compilaciones o recopilaciones, como una fórmula para el establecimiento de un cuerpo legislativo unificado. La recopilación, en consecuencia, no crea Derecho en esencia, sino que se limita a recoger el ya creado. Por el camino de las recopilaciones aleteaba ya el germen de lo que más tarde serían las modernas codificaciones. Cfr. MONTES, J.: *Derecho Penal español. Parte General*, Vol. I, Ed. M. Núñez Samper, Madrid, 1917. Pág. 104 y ss. Desde el punto de vista de la historia del Derecho español: GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.; GARCÍA MARÍN, J. M.: *El Derecho Histórico de los Pueblos de España*, ob. cit. Pág. 323 a 500.

<sup>75</sup> Resulta de gran interés la influencia del «pueblo gitano» en la elaboración de la normativa penal aplicable a los menores de edad infractores, que se estableció en Andalucía a mediados del siglo XV. Según las fuentes históricas, los gitanos que se adentraron en España procedían de las Indias, cuya fuente documental primordial se presenta el Salvoconducto expedido en Zaragoza por el Rey Alfonso V El Magnífico en 1425, por el que se autorizaba la entrada de gitanos en España en el mes de enero de dicho año. Se trataba de una población establecida en un entorno espacial distinto al general de la población. Ello hizo que sus costumbres chocaran necesariamente con los habitantes españoles, y las buenas relaciones iniciales se trocaron en mano dura contra el gitano. A partir de la Pragmática de 1499 promulgada por los Reyes Católicos, comienza el período de represión sobre el pueblo gitano, imponiéndoseles normas verdaderamente duras. Sin que por ello el pueblo gitano debiera suscitar sospecha o desconfianza sobre su presencia ordenada socialmente e inofensiva. Se sucedieron otras

Las legislaciones de Tortosa, Cataluña y Valencia siguieron el modelo romano de delimitación de la edad penal por franjas de edades, tomando como elemento esencial de determinación de su responsabilidad el criterio del discernimiento. La Ley de Aragón toma los siete años cumplidos como tope de edad penal, y la Ley de Navarra los catorce años cumplidos<sup>76</sup>.

En el Ordenamiento de Montalvo –también conocido como Ordenanzas Reales de Castilla- serán los menores de doce años los que quedarán eximidos de las duras penas impuestas a los también menores de edad pero mayores de doce años, denominados «vagos»<sup>77</sup>.

Si bien es cierto que los juristas de los siglos XVI y XVII siguen el sistema del Derecho romano, tanto los reyes de Castilla, Juana I –conocida como «La loca»- y su hijo Carlos I de España y V de Alemania, como después su sucesor el rey Felipe II, libraron de la pena de galeras a los menores de veinte años, en razón de la dureza del castigo<sup>78</sup>.

---

igualmente severas para ellos, lo que sin duda ha influido históricamente en la actitud del pueblo gitano frente al pueblo acogedor. Ya que, a la dureza de las normas, respondía con una obediencia simulada, y a la fuerza que frente a él se ejercía, la respuesta era la insumisión. Vid. Pragmáticas: de los Reyes Católicos de 1499; del Rey Carlos I de 1530; del Rey Felipe II de 3 de mayo de 1586; del Rey Felipe III de 1619; del Rey Felipe IV de 1633; del Rey Carlos II de 12 de junio de 1695; del Rey Felipe V de 15 de enero de 1717; del Rey Fernando VI de 1746 y 1759; del Rey Carlos III de 19 de septiembre de 1783. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 81 y 82; AGUIRRE FELIPE, J.: *Historia de las itinerancias gitanas: de la India a Andalucía*, Ed. Institución Fernando El Católico, Diputación de Zaragoza, Colección: Estudios, Zaragoza, 2006. Pág. 1 a 572.

<sup>76</sup> Cfr. CRUZ Y CRUZ, E.: «El concepto de los menores infractores», ob. cit. Pág. 340.

<sup>77</sup> Ordenanzas Reales de Castilla 8, 14, 2. Citado por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35. Las Ordenanzas de Castilla, primera recopilación del derecho vigente en la Monarquía Hispánica de la Edad Moderna, datan del año 1484 con los Reyes Católicos. Fueron iniciadas por las Cortes de Toledo de 1480, encargadas al jurista Alonso Díez de Montalvo. Compuestas por ocho libros (el VIII: Derecho penal y procesal penal), subdivididos en 115 títulos, con 1.603 leyes agrupadas por materias, pretendía ser una recopilación –y no una codificación-, de cita y adaptación de las distintas disposiciones regias de la Corona de Castilla desde las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá de 1348, algunos capítulos del Fuero Real y todas las Pragmáticas y bulas existentes sobre todo tipo de cuestiones. Su repercusión más importante es su influencia en toda la legislación y recopilaciones posteriores, especialmente en las Leyes de Toro de 1505, la Nueva Recopilación de 1557 y la Novísima Recopilación de 1805. Será de esta última de la que se aporten las distintas referencias.

<sup>78</sup> Pragmática aprobada en Monzón, 25 noviembre 1552: *Mandamos á todas las justicias de nuestros reynos, que los ladrones, que conforme a las leyes de nuestros reynos deben ser condenados en pena de azotes, de aquí en adelante la pena sea, que los traigan á la vergüenza y que sirvan cuatro años en nuestras galeras... Y mandamos que los ladrones, y vagamundos y holgazanes menores de la dicha edad de veinte años..., siendo presos por lo suso dicho, no sean echados a las galeras, sino que sean penados y*



El emperador Carlos V en una ordenanza establecía que los menores fuesen juzgados por los Tribunales Ordinarios de Justicia y se investigase por éstos si obraban con discernimiento, y en caso afirmativo, se les aplicaba la *Constitutio Criminalis Carolina*, que establecía para tales casos una atenuación. Si bien, el aumento de la criminalidad que por entonces tuvo lugar determinó una represión tan severa, que ni los más jóvenes escaparon de ella, siendo sometidos a crueles penas corporales y reclusión en las cárceles, contando con la compañía –nada educadora- de criminales adultos<sup>79</sup>.

Las costumbres de Bayona permiten encarcelar a los niños que estén vagabundeando por los campos. Sin embargo, declaran irresponsable a un menor de dieciséis años que lance piedras a otro<sup>80</sup>.

Ante el excesivo incremento de la criminalidad infantil y juvenil, se aumenta la penalidad afectando a menores de muy baja edad. Se les vuelve a dar un trato durísimo, hasta imponérseles –incluso- la pena de muerte, por influencia del Derecho germánico vigente<sup>81</sup>. Son la severidad y el exceso de crueldad las notas distintivas y caracterizadoras de los siglos XVI al XVIII con que eran tratados los más jóvenes infractores, cuya finalidad era, esencialmente, erradicar la vagancia y la criminalidad, que habían alcanzado una difusión insospechada<sup>82</sup>. Las leyes criminales, procedimientos, jurisdicciones y regímenes de tratamiento en castigos corporales, cárceles y galeras, se aplicaban tanto al adulto como al menor, beneficiándose este último solo de una duración más corta de la pena<sup>83</sup>.

---

*castigados conforme á las leyes de nuestros reynos. Y en quanto á la edad de veinte años, se guarde con los dichos rufianes lo que está dispuesto y declarado cerca de los ladrones.* Incorporada en la Nov. R. 12, 14, 1; 12, 27, 2; 12, 16, 2. Citado por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35. La Reina Juana I de Castilla, hija de los Reyes Católicos (años 1479-1555) y su hijo el Rey Carlos I de España y V de Alemania (años 1500-1558). El Rey Felipe II, hijo heredero del rey Carlos I y la Reina Isabel de Portugal (años 1527-1598).

<sup>79</sup> Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.A.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*. LO 4/1992, ob. cit. Pág. 44 y 45. Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1934. Pág. 85 y 86. La *Constitutio Criminalis Carolina* u Ordenanza de Justicia Penal data de año 1532.

<sup>80</sup> Vid. SABATER TOMÁS, A.: *Los delincuentes jóvenes: estudio sociológico y penal*, ob. cit. Pág. 41. Cita sacada de: CÁMARA ARROYO, S.: *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, ob. cit. Pág. 33 (cita 53).

<sup>81</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, ob. cit. Pág. 33 (cita 53) y 75 a 86.

<sup>82</sup> Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 36.

<sup>83</sup> Cfr. BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», ob.

Históricamente, como señala el Prof. García-Pablos de Molina, reclamar una «pena justa y merecida», proporcionada a la gravedad objetiva del hecho y a la culpabilidad de su autor, significó un mensaje revolucionario y demoledor de los pilares del Derecho penal de las Monarquías Absolutas, e incluso deslegitimador de todo el sistema del Viejo Régimen, en el que primaban los objetivos retributivos e intimidatorios, que se traducían en la imposición de penas atroces y en la ejecución degradante y cruel de las mismas, en compensación al mal causado<sup>84</sup>.

El rey Felipe II, probablemente por razones de política criminal, ordenó la condena de los ladrones mayores de quince años y menores de diecisiete, a doscientos azotes y diez años de galera. Salvo que los delitos fueran cometidos en grupo y armados, en cuyo caso la pena seguiría siendo la pena capital de muerte<sup>85</sup>. Si bien, en la *Pragmática de 3 de mayo de 1586* «ordena que los ladrones menores de veinte años pero mayores de diecisiete fuesen condenados a galeras»<sup>86</sup>.

Se deja entrever, por tanto, la finalidad utilitarista de la pena de galeras, aún cuando se aprecia una progresiva disminución de la misma como consecuencia de la reducción de la edad penal a los diecisiete años cumplidos.

El rey Carlos II, en la *Programática de 12 de junio de 1695* dispone que «los gitanos menores de diecisiete años no fuesen condenados como los adultos a la pena de

---

cit. Pág. 6. En el mismo sentido: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 36 y 37. En cuanto al calificativo de «gitano», me remito a la nota 61 *supra*.

<sup>84</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 239 a 256.

<sup>85</sup> Nov. R. 12, 14, 3: ... *que á cualquiera persona que, teniendo diez y siete años cumplidos, dentro de la Corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito le fuere probado haber robado á otro, y sea entrando en las casas, ó acometiéndole en las calles y caminos, ya con armas o sin ellas..., se le deba imponer pena capital...: que si el reo de semejante delito no tuviere la edad de diez y siete años cumplidos y excediere de los quince, se le condene en la pena de doscientos azotes y diez años de galeras, y a que, pasados, no salga de ellas sin mi expreso consentimiento....* Citado por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 36.

<sup>86</sup> Nov. R. 12, 14, 2: ... *y habiendo á lo menos diez y siete años: y como quiera que, conforme al uso y estilo de los jueces tienen en estos reynos...; ordenamos y queremos, que la dicha condenación de galera sea precisa, y no en defecto de setenas*; Nov. R. 12, 16, 7: *En todos los casos contenidos en los capítulos ántes de este, en qué a los que contravinieren se impone pena de galeras, debe entenderse y ejecutarse en los que fueren mayores de diez y siete años; siendo mayores de catorce, se envien á presidios, donde sirvan para las obras....* Citado por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35-36.

galeras, sino que fueren apresados o destinados en las obras cuando fueran mayores de catorce años, estableciendo medidas determinadas cuando no alcanzasen esta edad»<sup>87</sup>.

A ello se añadía que todos los pueblos europeos vivieron las guerras de la Iglesia, lo que no dejaba mucho tiempo a la elaboración de una legislación pormenorizada y unificadora de criterios sobre la responsabilidad penal del menor. Con escasas excepciones, como fue el caso de las Constituciones de Federico II de Prusia, que declaraban la inimputabilidad penal del impúber y la mitigación en la aplicación de las penas al menor de dieciocho años<sup>88</sup>; y con Francisco I de Francia, en que durante un breve período de tiempo el menor infractor quedaba excluido de los castigos corporales, aunque se le ingresaba en centros hospitalarios donde aprendía oficios adecuados a su edad, con el fin de reinsertarlo socialmente<sup>89</sup>.

En este momento histórico se da el primer paso hacia la consolidación de la pena privativa de libertad. Se trataba de una pena más suave y más humana que las penas corporales o de muerte, con una finalidad intrínseca de conseguimiento del arrepentimiento y corrección del menor. De ser un castigo excepcional pasó a ser una pena generalizada y sustantiva, debida a factores de política-criminal, como el aumento de la criminalidad juvenil a que me he referido; y penológicos, ante la degradación progresiva de la funcionalidad de las penas hasta entonces aplicables, y su efecto disuasorio por su carácter altamente intimidatorio en el menor infractor<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35. La autora remite a la Nov. R. 12, 14, 2, cit.

<sup>88</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, ob. cit. Pág. 33. Del mismo autor: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 18, nota 51.

<sup>89</sup> El antecedente histórico lo encontramos en la institución Padre de Huérfanos de 1337, al que me he referido en la nota 45 *supra*. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 18, nota 53; y 86 a 121. Y la referencia del autor a: DE RODY, A.: «Instituciones para menores delincuentes», ob. cit. Pág. 62.

<sup>90</sup> A diferencia de las teorías «absolutas» y «relativas» en cuanto a las funciones asignadas al castigo, puede verse en este momento histórico el surgimiento de las denominadas «teorías mixtas o eclécticas», pues destacan la finalidad o función de la pena en los diversos momentos de la vida de la pena. Su máximo exponente: ROXIN (la pena, como conminación legal abstracta, se orienta a las exigencias de la prevención general; pero en el momento de su imposición, prevalecen las exigencias retributivas; y de la prevención especial en el cumplimiento y ejecución del castigo). Cfr. ROXIN, C.: «Problemas actuales de política criminal». En: DIAZ ARANDA, E.; GIMBERNART ORDEIG, E.; JAGER, C.; ROXIN, C.: *Problemas fundamentales de la política criminal y Derecho penal*, Instituto de Investigaciones Científicas, Serie Ensayos Jurídicos, Vol. 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Enero\_2001. Pág. 1(92) a 105.

Fundamentan el derecho del Estado a castigar en la utilidad e imprescindibilidad de la pena, pues como señala Mayer, «la eficaz prevención del crimen legitima el empleo de este instrumento»<sup>91</sup>.

## 2.7. La Edad Moderna<sup>92</sup>.

El siglo XVIII trae nuevas corrientes reformistas en materia penal, ejerciendo una enorme influencia en la legislación de los países europeos, entre ellos España.

La Novísima Recopilación de los Borbones contiene numerosas Pragmáticas en materia de responsabilidad penal del menor de edad<sup>93</sup>. Por ejemplo: a los mayores de quince y menores de veinte años no se les impondrá la pena de muerte, sino otra distinta; los menores de veinte años que hubieren robado serían castigados por las leyes comunes, que establecían penas más benignas que la pena de galera<sup>94</sup>; también se atenúan para los menores de esa edad de origen gitano<sup>95</sup>.

Idéntica medida a la contenida en el Ordenamiento de Montalvo será la exención de responsabilidad penal del menor de doce años<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Vid. MAYER, H.: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967. Pág. 25-28. Citado por: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 261.

<sup>92</sup> La Edad Moderna española se abre con la muerte de Carlos II (años 1661-1700) y la instauración de la dinastía borbónica en el trono español con el Rey Felipe V (años 1700-1746). Si bien, la Novísima Recopilación viene a reformar la Nueva Recopilación publicada por Felipe II en 1557. Además, incorpora pragmáticas, decretos, cédulas, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta 1805, fecha en que fue promulgada mediante una Real Cédula, bajo el reinado de Carlos IV. La Novísima Recopilación de 2 de junio de 1805 consta de 12 libros, y recoge 4044 leyes sistematizadas en 340 capítulos.

<sup>93</sup> El Libro XII se ocupa del Derecho penal, en el que se contiene la regulación relativa a la responsabilidad penal del menor. Las Pragmáticas eran normas jurídicas generales que los reyes de los sistemas absolutistas de la Baja Edad Media y parte de la Edad Moderna como el de Castilla, daban en forma de cartas. Éstas tenían la capacidad de derogar leyes, como las aprobadas por las Cortes, pues tenían fuerza de ley. Esa forma de creación de cuerpo normativo se basaba en la *plenitudo potestatis* del poder real, bajo los principios *Quod Principi placuit legis habet vigorem et solutus*. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes: Apuntes de la España del siglo XIX y principios del XX*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Pág. 12 y 13.

<sup>94</sup> Nov. R. 12, 14, 1 y 12, 27, 2.

<sup>95</sup> Nov. R. 12, 16, 2.

<sup>96</sup> Nov. R. 12, 31, 2. Citado por: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35. Cfr. Con el Ordenamiento de Montalvo u Ordenanzas Reales de Castilla de 1484.

El rey Felipe V, aún cuando aprobó varias Pragmáticas al respecto, todas son reproducción de la *Pragmática de 15 de enero de 1717*, a su vez reproducción de la *Pragmática de 12 de junio de 1695* del rey Carlos II. En ella se castiga con la pena capital de muerte a los ladrones mayores de diecisiete años por los robos cometidos dentro de la Corte y en cinco leguas. Se atenuaba la pena a doscientos azotes y diez años de galeras cuando el ladrón fuese menor de diecisiete años y mayor de quince años<sup>97</sup>.

En este marco histórico, por razones de prevención especial, surge el primer establecimiento especial de internamiento para menores infractores, a los que se dispensaba un tratamiento especial, distinto al de adultos<sup>98</sup>.

Se trataba de «un método jurídico-penal de la infancia, habida cuenta que eran los propios menores los que participaban en la instrucción tras aceptar la confesión de los delitos o infracciones cometidas, quedando convictos, en consecuencia, en aquella institución. (...) Para dar sentencia, los menores sin mucha dificultad resolvían, y no con poca crueldad recetaban azotes, ayunos, cárceles...»<sup>99</sup>. Viniendo a constituir un régimen muy novedoso de enmienda del menor infractor. La labor educadora se basaba en una condena indeterminada, pues no finalizaba hasta la completa reforma del menor, permaneciendo hasta ese momento internado. Durante su internamiento, el menor realizaba el oficio por él elegido, y a su salida era provisto de lo necesario para su

---

<sup>97</sup> Nov. R. 12, 14, 3.

<sup>98</sup> «Ciertamente, en el recorrido por la historia penal y penitenciaria del menor infractor, se pueden encontrar escasos ejemplos en los que la iniciativa pública haya sido primordial. Siguiendo tal planteamiento, (...) en la historia de la protección a la infancia, la acción individual y privada, inspirada en los altos principios humanitarios, es mucho más brillante que la historia de la acción oficial, especialmente la llevada a cabo por instituciones religiosas. Surge, (...) en concreto en el año 1725, durante el reinado de Felipe V, la institución conocida como los Toribios de Sevilla, de la mano del Terciario Franciscano, Toribio de Velasco, que, más tarde, vino a transformarse en el conocido Hospicio de Sevilla». Institución al mismo tiempo tutelar y penal, de carácter autóctono y privado, «estaba dedicada a la recogida de “muchachos traviesos, díscolos, ladronzuelos, holgazanes, de padres desconocidos, o abandonados por sus viciosos padres”. (...) la iniciativa trascendía a la simple tarea caritativa, en el intento de acabar con la mendicidad infantil, sin que pueda soslayarse la finalidad correctiva de la institución frente a aquellos menores: más tarde, su conversión en escuela, lo que la convierte en el antecedente de las Casas de Reforma». Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 133 y 135-136. El autor refiere (y cfr.) a: DE LA FUENTE, V.: «El Hermano Toribio», en *Revista Penitenciaria*, Sección Doctrinal, año III, t. III, entrega 1ª, Ed. Eduardo Arias, Madrid, 1907. Pág. 532 y 534.

<sup>99</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 135 y 136. El autor refiere (y cfr.) a: DE LA FUENTE, V.: «El Hermano Toribio», ob. cit. Pág. 538.

reintegración en la sociedad. Su régimen se encontraba dividido en cuatro secciones: mayores, medianos, pequeños, y una de seleccionados<sup>100</sup>.

Resulta muy interesante comprobar la eficacia preventivo-especial de la pena de internamiento en centro de menores, a todas luces rehabilitadora, tal y como estaba concebida. No se trataba de un mero encierro o encarcelamiento del menor infractor, cuya eficacia rehabilitadora sería nula, sino que llevaba aparejado un tratamiento resocializador aceptado por el menor castigado. En esa concepción de «tratamiento» (nada que ver con la connotación clínica de la palabra) está la efectividad del castigo, que sería variable según el menor infractor, pero cierta. Se ofrece al menor la posibilidad de enriquecer su horizonte vital y expectativas, la propia calidad de vida, sin renunciar a reestructurar positivamente el hábitat carcelario en que se encuentra.

Estas instituciones tutelares y las de siglos posteriores parten de una filosofía basada en la caridad, la corrección, la filantropía y la pedagogía que van a ser el eje común sobre el que van a girar los principios inspiradores del Derecho tutelar de menores, concepción mixta de las dos conexiones doctrinales de la prevención especial, como son el «correccionalismo» y el «positivismo criminal»<sup>101</sup>.

Bajo el reinado de Carlos III, representante más genuino del despotismo ilustrado español, se da un giro notable en la forma de entender el tratamiento del menor infractor, pasando paulatinamente del castigo al tratamiento educativo del mismo, con el fin de estimular al penado a su reintegración<sup>102</sup>. Así se recoge expresamente en su *Pragmática-sanción de 12 de marzo de 1771*. Aún cuando existían normas reguladoras de la situación penitenciaria de los jóvenes infractores, si bien entre los mismos se empieza a generalizar el empleo para la realización de las obras en los propios presidios,

---

<sup>100</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 136. El autor refiere a: DE LA FUENTE, V.: «El Hermano Toribio», ob. cit. Pág. 537.

<sup>101</sup> Vid. BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», ob. cit. Pág. 3. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 140.

<sup>102</sup> Rey Carlos III de España (años 1716-1788). Su reinado se caracterizó por una profunda renovación en la vida cultural y política del país. Destacó su intento de extender la educación a todos los grupos sociales, la creación de escuelas de agricultura y comercio o las propuestas de reforma de los estudios universitarios. Como han señalado algunos autores, las disposiciones del monarca fueron un «ejemplo digno de ser imitado». Vid. CUELLO CALÓN, E.: «La infancia delincuente y abandonada», ob. cit. Pág. 753.

dando paso a una mentalidad reinsertadora del menor. De ese modo, se les daba la oportunidad de convertirse en ciudadanos de provecho y alejarse del mundo de la criminalidad. Ello supuso un paso más en el diseño de las «teorías de la prevención especial»<sup>103</sup>. Lo cual será de una enorme trascendencia para lo que sería el movimiento codificador penal español en el siglo XIX, así como el primer marco jurídico en que se encuadra el «modelo de responsabilidad penal» del menor de edad<sup>104</sup>.

La norma penal acerca de la responsabilidad del menor infractor se regulaba fundamentalmente en la *Pragmática-sanción de 19 de septiembre de 1788*, recopilada en la Novísima Recopilación, en la cual se recogen las reglas para contener y castigar la vagancia y otros excesos, en que se exceptuaba del castigo<sup>105</sup>. El menor de dieciséis años, fuera varón o mujer indistintamente, era considerado inimputable penalmente<sup>106</sup>. Para el caso de que fueran menores de diecisiete años, la responsabilidad recaería sobre los padres o tutores<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Hay quienes encuentran en este momento histórico los antecedentes de las «medidas» aplicables al menor infractor. Cfr. SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003. Pág. 1(22 y 23) a 358.

<sup>104</sup> Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXII, fasc. II, Madrid, 1969. Pág. 313 a 342; CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 135 y 157-160.

<sup>105</sup> Nov. R. 12, 16, 11 núm. 16: ... *estos aunque sean hijos de familia, serán apartados de la de sus padres que fuesen vagos y sin oficio y se les destinará a aprender alguno, ó se les colocará en hospicios ó casas de enseñanza. Cuidarán de ellos las juntas o diputaciones de caridad, que el consejo hará establecer por parroquias, conforme a lo que se me propone y se practica en Madrid, asistiendo los párrocos o los eclesiásticos celosos y caritativos que destinen*. Resulta interesante la previsión contenida en la referida Pragmática en cuanto al tratamiento del menor infractor que por razón de su edad era considerado inimputable, pues se les ingresaba en establecimientos benéficos y Hospicios. Si bien, aunque parece que el precepto se centra en la etnia gitana, sin embargo existen datos históricos de la época en que un muchacho de dieciséis años es condenado a ser «apercibido y entregado a sus padres por la comisión de obscenidades lujuriosas; por otro, encontramos idéntica pena con la que se castiga a una chica de la misma edad por escándalos de incontinencia». Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 37. Cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 20 y 21.

<sup>106</sup> Nov. R. 12, 31, 7: *Exceptúo de la pena á los niños y jóvenes de ambos sexos que no excedieren de diez y seis años*. Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 37.

<sup>107</sup> Nov. R. 12, 31, 10: ... *que las justicias amonesten á los padres y cuiden de que éstos, si fueran pudientes, recojan á sus hijos é hijas vagos, les den educación conveniente, colocándolos con amo o maestro...*; Nov. R. 12, 31, 12: *Que cuando fueren huérfanos estos niños y niñas viajantes, tullidos, ancianos o miserables, vagos o viciosos, los mismos padres, tomen los Magistrados políticos las veces de aquellos, y supliendo su imposibilidad o desidia, reciban en si tales cuidados de colocar con amos ó maestros á los niños y niñas, mancomunando en esta obligación no sólo a la Justicia, sino también a los regidores, Jurado, Diputación, etc..* Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 35 y 37.

También se preveía una conmutación de la pena por el destino de las armas, para jóvenes y vagabundos de edades comprendidas de entre los dieciséis y los treinta y seis años cumplidos<sup>108</sup>. Se reglamenta promulgándose la *Real Ordenanza de Arsenales de Marina de 1804*<sup>109</sup>. Esta norma resulta de gran interés, pues supuso la primera ley penitenciaria española, tanto de menores infractores como de adultos.

Su importancia es múltiple: siendo tan amplia la franja de edad de imputabilidad penal manejada (16-36 años), en ella queda contenido el primer exponente y anticipo del término «joven», que será contemplado en la normativa penal juvenil hasta nuestros días<sup>110</sup>. Se establecía la separación de penados por edades (jóvenes y adultos), para evitar el contagio criminal de los adultos sobre los jóvenes. Y el punto más importante, por lo que atañe al presente estudio: abarca toda la filosofía precorreccional de los siglos anteriores. En esta norma se advierte paralelismo histórico-evolutivo con los fines asociados a la penalidad: la conjunción de componentes retributivo (no dejar impune el delito), preventivo-general (alejando así la depravación), utilitario (se saquen ventaja de las faenas a que se empleen los presidiarios) y correccional-reinsertador propio de la prevención especial<sup>111</sup>.

En el ámbito europeo, otro de los grandes protagonistas del momento fue el Marqués de Beccaría, en el que –en definitiva– se inspiró el rey Carlos III<sup>112</sup>. Propició

---

<sup>108</sup> Nov. R. 12, 21, 8 núm. 6. Así lo disponía el *Real Decreto y Cédula de 17 de mayo de 1775*.

<sup>109</sup> En aras de la utilidad, los menores infractores eran destinados a los arsenales de la Armada, a pesar de las quejas levantadas entre los militares del mando. Servía como depósito de los menores condenados por la justicia para servir a los presidios arsenales (y no militares). Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 170 a 173, y la bibliografía citada.

<sup>110</sup> CP de 1995, cit. Art. 69: *Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos de que ésta disponga*. En relación con: LORRPM, cit. DF 7ª: 1. *La presente Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. En dicha fecha entrarán también en vigor los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*; DT Única, punto 6, párrafo 3: *Si el imputado lo fuere por hechos cometidos cuando era mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, el Juez instructor acordará lo que proceda, según lo dispuesto en el artículo 4 de esta ley*. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 20 (nota 59).

<sup>111</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 170 a 173. Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003. Pág. 193.

<sup>112</sup> Cesare Bonesana, Marqués de Beccaría (años 1738-1794). Prestigioso jurista italiano, mostró un notable interés por la situación de la justicia de su tiempo, por influencia de su maestro Alessandro Verri. A él se debe la obra *De los delitos y las penas* publicada en 1764, en la que, entre otras cuestiones, propone una reforma del Derecho penal continental del momento, caracterizado en toda Europa por su extrema crueldad. Introduce los principios de legalidad y racionalidad del proceso penal. Propone una



un tratamiento más exhaustivo y atento sobre la cuestión de la responsabilidad penal del menor de edad apoyándose en las propuestas ideológicas de Rousseau, uno de los primeros ideólogos de la Ilustración en reflejar la autonomía del menor de edad y la necesidad de protección de sus derechos, poniendo el acento en la importancia de la educación del menor.

Sirva de ejemplo el Código Toscano de 1786, que «excluía de toda pena a los menores de doce años; sólo se les podían aplicar medidas educativas. La condena para el menor de entre doce y catorce años dependía del discernimiento; y a los menores comprendidos entre los catorce a los dieciocho años se les aplicaban penas muy atenuadas»<sup>113</sup>. Nuevamente, vuelve a ponerse el acento en la edad del menor de edad y en el espíritu de una filosofía correccional.

Se establecen tres períodos de edad en relación con la responsabilidad penal del menor infractor: el primero de irresponsabilidad penal absoluta comprensiva hasta los siete, nueve o diez años cumplidos, dependiendo de cada ordenamiento; el segundo se extiende hasta los catorce, quince o dieciséis años, y permite sustentar la inimputabilidad del menor si se probaba que éste había obrado sin discernimiento; y el tercero, declara la responsabilidad penal atenuada de los que se encuentran entre la precedente edad y los dieciocho años, en cuyo caso se establece la atenuación facultativa de la pena aplicable a los adultos. Por lo que se mantiene la división tripartita de la escuela clásica: infancia-irresponsabilidad absoluta, adolescencia-responsabilidad condicionada al discernimiento y edad juvenil-punición atenuada.

Fueron muchas las órdenes y cédulas promulgadas por el rey Carlos III sobre el tratamiento punitivo del menor infractor, recogidas algunas en la Novísima Recopilación. De gran importancia fue la *Instrucción de Corregidores de 1788*, en la

---

reforma de las leyes y prácticas punitivas, bajo la pretensión de hacer del derecho punitivo un derecho más humano. Ejercerá una influencia indudable en la regulación de la responsabilidad penal del menor de edad en España, muy vinculado y comprometido con el principio de proporcionalidad de las penas, fundamento del Derecho penal punitivo moderno, propugnando que «la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil», apostando así por el valor educativo de la condena. Sobre el pensamiento y aportación del Marqués de Beccaría: cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 306-309; LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, 6ª ed., Barcelona, 2005. Pág. 50; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en *El pensamiento penal de Beccaría: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991. Pág. 55-65.

<sup>113</sup> Vid. SABATER TOMÁS, A.: *Los delincuentes jóvenes: estudio sociológico y penal*, ob. cit. Pág. 42.

que se alienta a quienes ejercieran funciones de corrección sobre menores infractores a conducirse con prudencia, no inmiscuirse en las disensiones domésticas del menor con sus padres, cuidar del enjuiciamiento justo del menor, ponderar la imposición de la sanción penal en proporción a la gravedad de la infracción cometida, y velar por el buen tratamiento del menor internado siendo su finalidad la corrección y custodia del reo, y no su aflicción. Trató de impulsar el sistema de protección del menor desde el ámbito público. Apostó por los Hospicios y Casas de Misericordia tratadas *supra*, precursores de las casas de corrección o centros de reforma, que acogerían a los menores delincuentes de edades inferiores a los diecisiete años, y que no hubieran escapado del reclutamiento para la Armada<sup>114</sup>.

En consecuencia, se atisba ya la referencia al principio de proporcionalidad en el orden punitivo, principio que propugna que la pena proporcional a la culpabilidad ha de ser la única pena útil, propio de las «teorías prevencionistas» o «utilitaristas». Este principio será reconocido por vez primera en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, proclamando que la Ley no debe establecer otras penas que las estrictamente necesarias.

### **3. El principio de responsabilidad penal del menor en la codificación española.**

#### **3.1. Antecedentes históricos del movimiento codificador español.**

El impulso del movimiento codificador penal en España arranca con el pensamiento ilustrado del último tercio del siglo XVIII, como ha quedado puesto de manifiesto en el anterior epígrafe. Sin duda alguna, la codificación supuso el comienzo de la consolidación de unos principios que rompían con los sistemas de crueldad y rigorismo imperantes durante el siglo XVIII en el enjuiciamiento del menor infractor,

---

<sup>114</sup> En cuanto al internamiento del menor infractor, en toda la normativa de la época se deja entrever el internamiento indeterminado, hasta la total corrección del menor. Rompiendo así con la finalidad del castigo, siendo ésta la enmienda del delincuente. Lo que no se conseguiría con el internamiento ilimitado. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág.175 y 176. El autor refiere: Nov. R. 12, 38, 25; 12, 32, 10; 8, 1, 8.

pues –hasta ese momento- eran tratados como adultos, aún cuando se tuviera con ellos una particular conmiseración.

Desde el reinado de Carlos III –período al que se remonta la codificación española- hasta el primer Código Penal de 1822, no se conoce ninguna norma legislativa en relación a la responsabilidad penal del menor infractor<sup>115</sup>. Si bien, con la Constitución de Cádiz de 1812 se da el primer paso hacia la unificación del Derecho penal<sup>116</sup>.

Con los Códigos Penales españoles del siglo XIX, comienza a apreciarse la menor edad como una causa de determinación de la responsabilidad penal del menor distinta a la del adulto. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico siempre ha

---

<sup>115</sup> «... y ello a pesar de los intentos codificadores españoles que ponían de manifiesto la urgente necesidad de reformar la legislación penal española. Como el Proyecto del Marqués de la Ensenada de 1751, o el Anteproyecto de Lardizábal de 1777». Vid. ALEMÁN MOTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob.cit. Pág. 38. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVIII, Madrid, mayo-agosto\_1965. Pág. 263(264-265) a 278; CUELLO CALÓN, E.: «La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española», ob. cit. Pág. 753. Con relación al Proyecto del Marqués de la Ensenada, simplemente supuso una propuesta que el Marqués realizó al Rey Fernando VI, para que en un solo libro quedase recogida toda la legislación contenida en la Nueva Recopilación y así facilitar su estudio. Si bien, nunca se ha considerado un Código, ni tan siquiera un precedente de codificación. Cfr. VENTAS SASTRE, R.: «La minoría de edad en el proceso de la codificación penal española (siglos XIX y XX)», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 77, EDESA, Mayo\_2002. Disponible en Internet: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/minoria-edad-codificacion-siglos-xix-193946>. Pág. 301 a 408. Sin embargo, cuestión bien distinta supuso el Anteproyecto de Lardizábal, pues se ha considerado unánimemente por la doctrina como «la primera vez que se habla de Código Penal en España y en el mundo», impulsando así el espíritu codificador español. Vid. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 466. La codificación española, receptora de las ideas directrices de la Revolución francesa, de gran prestigio entre las clases ilustradas durante el período de la Guerra de la Independencia (año 1789), constituye el primer exponente del Estado liberal, sustituyendo así el sistema jurídico penal de la Monarquía Absoluta, imperante hasta la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812. Promulgada la Constitución de 1812, su art. 258 imprimiría un decisivo impulso a las tareas codificadoras, al reconocer la necesidad de que en España rigieran unos mismos códigos en materia penal –la codificación penal se siente antes que la civil-, civil y de comercio. Y ello, fundamentalmente, como expresión del sistema político español, respuesta a la acción del liberalismo, que vino a destruir el sistema del «Ancien Regime» en sus dos vertientes: el absolutismo y la diversificación institucional. En consecuencia, división de poderes, como intento de garantizar los derechos naturales del ciudadano anteriores al Estado, frente a la concentración del poder en la monarquía absoluta. Cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 23 y 24; GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.; GARCÍA MARÍN, J. M.: *El Derecho Histórico de los Pueblos de España*, ob. cit. Pág. 577 a 589. Sobre la historia constitucional española: cfr. FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Historia e historiografía constitucionales en España: una nueva perspectiva*, Ed. Ayer, núm. 68, Madrid, 2007. Pág. 249-272; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, cap. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1992. Pág. 37 a 51; SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 4ª ed., Madrid, 1984. Pág. 229 y ss.

<sup>116</sup> Constitución Política de la Monarquía Española. Cortes de Cádiz, 19 de marzo de 1812 (GAZETA DE MADRID), art. 258: *El Código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.*

reconocido unánimemente la menor edad como una causa de exención de responsabilidad penal *iuris et de iure*, no admitiendo prueba en contrario<sup>117</sup>. Dicha presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad penal del menor se contemplaba tan solo para una primera edad: la que puede denominarse como primera infancia. Los propios códigos no expresaban fundamento alguno de dicha exención de responsabilidad penal del menor infractor.

Los criterios propuestos para la determinación de la responsabilidad penal del menor de edad se contraen a tres: a) el criterio cronológico o biológico puro, consistente en la fijación de un límite de edad (seguido por los Códigos Penales de 1928, 1932, 1944, 1963 y 1973, y en países como Alemania, Suiza, Bélgica, Francia y Escocia); b) el criterio del discernimiento, imperante en el derecho anglosajón británico y americano; y c) el criterio mixto que combina ambos criterios (seguido por los Códigos Penales de 1822, 1848-50 y 1870)<sup>118</sup>.

En un primer momento, nuestra codificación penal respondió a los parámetros del modelo clásico de responsabilidad, es decir, la responsabilidad penal del menor infractor según los límites de edad pero condicionada a la existencia de discernimiento, recogiendo la tradicional distinción del Derecho romano entre menores y adultos, por influencia del Código de Napoleón de 1810<sup>119</sup>. Como tal, se impone en nuestros Códigos de 1822, 1848-1850 y 1870. Entre los mismos, el único matiz de carácter

---

<sup>117</sup> Posición que, como ya expuse, ha sido cuestionada por parte de la doctrina (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANDRÉS IBÁÑEZ, RODRÍGUEZ MOURULLO, BUSTOS RAMÍREZ, MACHADO RUIZ o MOVILLA ÁLVAREZ) al entender que los límites de edad que establece el criterio biológico no se fundamentan ya en «presunciones *iuris et de iure* de inimputabilidad», sino en decisiones de política-criminal acerca de la necesidad preventiva de una intervención penal en esta materia. Cfr. Nota 3 y 5 *supra*.

<sup>118</sup> Cfr. CAMPOS SÁNCHEZ, M.: «Incidencia del nuevo Código penal en la legislación de menores», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 24, Murcia, Junio\_1997. Pág. 97 a 108.

<sup>119</sup> Como ya se ha señalado, la escuela clásica mantiene la división tripartita de responsabilidad penal del menor: infancia-irresponsabilidad, adolescencia-responsabilidad condicionada al discernimiento y edad juvenil-punición atenuada. Si bien, el Código francés prescinde del período de irresponsabilidad absoluta, considerando que, cualquiera que fuese la edad del menor infractor, en virtud del resultado del exámen del discernimiento, sería considerado penalmente responsable del ilícito penal cometido. Sucediendo a este período de responsabilidad condicionada el de responsabilidad con atenuación. La mayoría de los Códigos, «en caso de declarar al menor irresponsable, bien por hallarse en edad de irresponsabilidad absoluta, bien por haber obrado sin discernimiento, establecían medidas de tipo educativo y el internamiento de estos delincuentes en asilos, establecimientos hospitalarios y casas de reforma, iniciando de este modo prácticamente el tratamiento moderno de la delincuencia juvenil». Vid. BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», ob. cit. Pág. 6.

objetivo que los distingue es el cambio puntual en los límites o franjas de edad. Todos ellos exigen la existencia de discernimiento en el menor como fundamento de la responsabilidad penal, por influencia de los textos penales europeos, que legislarán estableciendo un modelo de responsabilidad penal basado en el criterio del discernimiento. Partiendo de la base de que la culpabilidad es presupuesto para la imposición de una pena, entendida ésta como retribución moral y jurídica por el mal realizado. Por lo que la respuesta penal sobre el menor infractor en nada difiere de la que se aplica al adulto que delinque, con la sola diferencia en términos cuantitativos. Situación que se corresponde con las «teorías absolutas» o «retribucionistas», basado en el binomio culpabilidad-punibilidad, conforme al cual la menor imputabilidad debía traducirse en una menor pena<sup>120</sup>.

Acerca de la teoría del discernimiento en la historia de los primeros códigos, y para entender aquellos ordenamientos jurídicos europeos que la acogen como único criterio asumible para determinar la responsabilidad penal del menor de edad, resulta muy esclarecedora la sabia percepción del Prof. Bueno Arús, al que no puedo dejar de referirme *in memoriam*, principal redactor de la LORRPM y uno de los juristas que mejor han conocido y entendido la problemática del menor infractor<sup>121</sup>. Señalaba que «como el Derecho no es una ciencia, la determinación de la edad, a partir de la cual se tiene la suficiente madurez como para comprender (incluida la significación antijurídica de la acción planificada) y querer lo que se hace, no se puede llevar a cabo jurídicamente con la objetividad y seguridad propias del método científico. Lo más que se puede obtener es el criterio de que el *dies a quo* buscado se sitúa alrededor del cumplimiento de los quince años, con un margen de complementariedad a derecha y a izquierda. Esta inseguridad ha tenido dos importantes consecuencias históricas. La primera de esas consecuencias es que el legislador ha ensayado no conformarse definitivamente con unas edades fijas, y hace algún tiempo prefirió que el Juez estableciera, caso por caso, si el menor había actuado o no con libre discernimiento, para imputarle o no la plena responsabilidad penal. De otra parte, esos límites legales parece que hayan estado siempre en constante experimentación, porque no han dejado

---

<sup>120</sup> Esta idea de un Derecho penal retributivo impera a lo largo de toda la historia hasta la aparición de los Tribunales de menores. Cfr. BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», ob. cit. Pág. 2.

<sup>121</sup> El concepto de discernimiento es tomado del Código de Napoleón de 1810.

de cambiar frecuentemente a lo largo de la historia, al aumentar la delincuencia o tener lugar las situaciones de crisis, especialmente conflictivas, o incluso falta de plazas en los centros de internamiento. Por eso, hay una edad mínima para realizar actos jurídicos prohibidos con la eficacia –exigibilidad de responsabilidad penal- fijada por la ley, que no suele coincidir con los límites legales de edad establecidos en otros sectores del ordenamiento jurídico»<sup>122</sup>. No cabe duda que el autor apuesta implícitamente por el criterio mixto de determinación de la responsabilidad penal del menor, pues las deficiencias de uno y otro criterio pueden complementarse mutuamente<sup>123</sup>.

Será ya en el siglo XX cuando el Derecho penal español contemporáneo abandone definitivamente y sin excepción el criterio de discernimiento, para sustituirlo definitivamente por el criterio cronológico o biológico puro. Con los problemas que la asunción de este criterio plantea.

### **3.2. Normativa preconstitucional.**

He dividido los siguientes epígrafes en torno al criterio temporal de la Constitución de 1978 actualmente vigente en España, pues su entrada en vigor estuvo estrechamente unida a relevantes y trascendentes reformas, no sólo en el ámbito del Derecho penal sino en todas las facetas de nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe destacar que el Derecho penal juvenil, a partir de este momento histórico, empieza a desligarse –aunque levemente- del Derecho penal de adultos, hasta su total separación, como veremos a continuación<sup>124</sup>. Aún cuando la referencia es casi

---

<sup>122</sup> Vid. BUENO ARÚS, F.: «Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor». Ejemplar dedicado a: «Actual doctrina de imputabilidad penal», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 110, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006. Pág. 317(344 y 345) a 368. El Prof. Bueno Arús, Doctor en Derecho y Abogado del Estado, falleció en Madrid el pasado 5 de octubre de 2012.

<sup>123</sup> Como se ha señalado, el criterio mixto de determinación de la responsabilidad penal del menor infractor fue recogida por los Códigos Penales de 1822, 1848-50 y 1870.

<sup>124</sup> En 1834, bajo el reinado de Isabel II, se promulga la Ordenanza General de los Presidios del Reino, disponiendo que «para la corrección de los desgraciados jóvenes a quienes la orfandad, el abandono de los padres o la influencia de las malas compañías lanzó en la carrera de los crímenes antes que la experiencia les haya revelado el mal que causan a la sociedad y a sí mismos, mando que todos los presidiarios menores de dieciocho años que haya en cada presidio vivan unidos en una cuadra o departamento con total separación de los de mayor edad». Lo que aseguraba la separación del menor infractor del adulto. Vid. Ordenanza General de los Presidios del Reino, aprobada mediante Orden de 14

constante, pues la propia «Ley del Menor» remite de continuo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de aplicación supletoria a esa jurisdicción<sup>125</sup>.

Resulta obligada la referencia al Derecho Comparado, pues el desarrollo del Derecho penal juvenil español experimentó un fuerte impulso al tiempo que se extendía en los países de nuestro entorno<sup>126</sup>. Aún cuando, como consecuencia de nuestra especial idiosincrasia, reticentes ante lo que resulta novedoso, tardamos en incorporarnos al tren que ha supuesto el siglo XX, conocido como «siglo del niño».

### 3.2.1. El Código Penal de 1822<sup>127</sup>.

El Código Penal de 1822 declaraba exento de responsabilidad penal al menor de siete años; al mayor de siete y menor de diecisiete años, se le exigía responsabilidad penal condicionada al análisis del discernimiento para decidir su capacidad de motivación por la norma<sup>128</sup>. Lo que significaba que el menor de siete años cumplidos

---

de abril de 1834, a la que de ahora en adelante me referiré como OGPR. Título III, Sección II, Art. 123: *Para la corrección de los desgraciados o jóvenes á quienes la orfandad, el abandono de los padres o la influencia de malas compañías lanzó en la carrera de los crímenes antes de que la experiencia les haya revelado los males que causan á la sociedad y á sí mismos, mando que todos los presidiarios menores de dieciocho años que haya en cada presidio vivan reunidos un-una cuadra ó departamento con total separación de los mayores de edad.* Nace como consecuencia del CP de 1822. Se establece por vez primera la pena privativa de libertad.

<sup>125</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (GAZETA DE MADRID, de 17 de septiembre); modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial (BOE núm. 266, de 4 de noviembre). A la que de ahora en adelante me referiré como LECrim.

<sup>126</sup> Vid. ALMAZÁN SERRANO, A.; IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: *Derecho Penal de Menores*, Grupo Difusión, 2ª ed., Madrid, 2007. Pág. 35. Es a finales del siglo XIX cuando, en los Estados Unidos de América se vislumbra la necesidad de enjuiciar y condenar al menor infractor de forma diferenciada al adulto. Idea que se plasmó en la creación del primer Tribunal de Menores (Chicago, 1899), con tratamiento legal igualmente distinto y específico en atención a la edad del menor infractor. Paralelamente, la creación de los Tribunales de menores se fue introduciendo en el Continente europeo a partir de 1812. Sirva de ej.: Noruega (1896), Países Bajos (1901), Gran Bretaña, Alemania e Italia (1908), Francia y Bélgica (1912), España (1920) y Austria (1928). En 1931 eran ya treinta los países con Tribunales de menores. Para un estudio pormenorizado sobre la creación de los Tribunales de menores: cfr. SOLÍS QUIROGA, H.: «Historia general del tratamiento a los menores infractores o delincuentes», en *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 2, Vol. 27, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Mayo-Agosto\_1965. Pág. 487 a 515.

<sup>127</sup> Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822, sancionado y mandado promulgar el 9 de julio de 1822. Sobre este cuerpo legal, me remito al estudio de: ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal de 1822», ob.cit.

<sup>128</sup> Código Penal de 1822, cit. Art. 23 párrafo 1: *Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable, en ningún caso, el menor de 7 años cumplidos.* Y el párrafo 2: *Si el mayor de esta edad (de 7 años), pero que no haya cumplido los diecisiete, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia según lo que resulte, y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales..*

que, a juicio del tribunal, hubiere obrado con discernimiento, podía sufrir pena de cárcel igual que los adultos en casa de corrección, aunque atenuada<sup>129</sup>.

El Código, por tanto, acoge el «criterio mixto» para la determinación de la responsabilidad penal del menor infractor: atiende a la paridad entre delito y culpa, y discernimiento junto con malicia, si el menor responsable en virtud de la edad obró sin ese discernimiento y malicia, sería devuelto a sus padres, si éstos le acogían. Quedaría eximido de responsabilidad penal, pero se establece una medida de corrección y cuidado de los padres o tutores. Y siempre, en su defecto, el juez podría acordar su ingreso en una casa de corrección durante el tiempo que arbitrariamente determine, siempre que no llegue a cumplir los veinte años<sup>130</sup>. Nada se dice sobre la responsabilidad civil *ex delicto* de los padres o guardadores del menor infractor.

Si el menor hubiere actuado con suficiente discernimiento y malicia, según lo que resultara de su acción ilícita, y lo más o menos que estuvieran desarrolladas sus facultades intelectuales, el Código prevé la imposición de una sanción discrecional en su duración a juicio del Juez, graduada en función del delito, pero siempre y en todo caso en la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito<sup>131</sup>.

La crítica que el Derecho penal hace de este criterio mixto edad-discernimiento estriba en que la preferencia por la corrección en el ámbito familiar, en términos

---

<sup>129</sup> Cfr. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 24 a 29.

<sup>130</sup> En el caso del art. 23 párrafo 1, se le imponía una pena atenuada (por aplicación del art. 24); y en el caso del párrafo 2, la corrección en el ámbito familiar o en una casa de corrección (por aplicación del art. 25). Precedente legal de la medida de seguridad, como señala parte de la doctrina penal. Cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 28. Aún cuando la propia autora señala que no puede confundirse con las «penas» juveniles tal y como las entendemos ahora, siendo completamente desconocidas en el siglo XIX, sí en cambio, aclara con acierto cómo este tipo de medidas responden esencialmente al modelo clásico de responsabilidad penal aunque se trate de menores de edad: sus consecuencias jurídicas son las propias de una pena retributiva. Ello plantea un serio problema: pues, a salvo de la pena retributiva, nunca se va a poder imponerse al menor imputable ninguna otra consecuencia jurídica-penal, por ejemplo de carácter educativo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», en *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997. Pág. 171. Del mismo autor: «La política criminal ante el hecho penalmente jurídico cometido por un menor de edad», en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes dieciséis a dieciocho años*, Studia Iuridica, 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994. Pág. 14. Sin embargo, no puede perderse de vista que la legislación penal juvenil debe responder siempre a razones educativas y resocializadoras, principio inspirador de la LORRPM actualmente vigente. Cuestión ésta a la que me referiré con mayor amplitud en el siguiente epígrafe.

<sup>131</sup> Cfr. Código Penal de 1822, cit. Art. 64 y 65.



penales, supone una potestad claramente arbitraria, lo que conlleva la falta de garantías penales.

Visto lo cual, puede concluirse que el primer Código Penal de 1822 marca ya un «modelo tutelar» de intervención con el menor infractor, abogando primero por la corrección de tipo familiar, y por ende de carácter civil, otorgando prerrogativas punitivas a los padres o tutores, y, finalmente, la intervención penal como última *ratio*, pero siempre atenuando la pena. Ofrece, además, una mayor precisión en relación a la minoría de edad penal, y una clara diferenciación –en relación a los adultos- en lo concerniente al tratamiento y ejecución de medidas penales, distintas para el menor infractor.

Subyace, por tanto, el pensamiento constructivo, resocializador y humanitario de la «prevención especial». Su aportación histórica, en el marco de las teorías de la pena, es muy estimable, pues pone de manifiesto el abismo que separa la teoría de la práctica; los fallos en que incurre el planteamiento teórico por desconocer el momento concreto de la aplicación de la pena; y su repercusión en el infractor en concreto, en el que a lo largo de la historia apenas se repara. Desde esta perspectiva, presta ayuda y asistencia al menor infractor, y se evita de forma eficaz la reincidencia, logrando intimidar al delincuente ocasional no necesitado de corrección, corrección para el infractor capaz de resocialización, e innocuización del criminal aparentemente «incorregible» y peligroso<sup>132</sup>.

### **3.2.2. El Código Penal de 1848-1850<sup>133</sup>.**

El Código Penal de 1848-50 repite el sistema del Código Penal de 1822, abogando por el criterio mixto de responsabilidad penal del menor, elevando la minoría de edad penal a los nueve años cumplidos, y manteniendo el exámen del discernimiento

---

<sup>132</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho penal*, ob. cit. Pág. 286-292.

<sup>133</sup> Código Penal de 1848, sancionado el 19 de marzo de 1848. Sobre este cuerpo legal, remito al estudio: ANTÓN ONECA, J.: «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVIII, Madrid, 1965. Pág. 473 a 495. El Código Penal de 1848 fue reformado según Real Decreto de 30 de junio de 1850 (GAZETA DE MADRID, de 10 a 19 de julio), y que dio lugar al Código Penal de 1850.

del menor de entre los nueve y los quince años cumplidos para la determinación de su responsabilidad penal<sup>134</sup>.

De no hallarse discernimiento en el menor infractor, sería declarado inimputable o eximido de toda responsabilidad penal. Si el menor actuó con discernimiento de la ilicitud de la infracción cometida, se le impondría una sanción discrecional en su duración pero siempre inferior en dos grados a la prevista por la ley penal para el delito que hubiese cometido<sup>135</sup>.

Si el menor infractor hubo cumplido los quince años hasta el límite de los dieciocho, se preveía la imposición de la pena aplicable en función del delito cometido pero atenuada: en concreto, la pena inmediatamente inferior<sup>136</sup>. Por lo que se consideraba como circunstancia atenuante de la culpabilidad el ser menor de dieciocho años<sup>137</sup>.

En consecuencia, la sanción a imponer al menor infractor continuaba siendo indeterminada, dependiendo del arbitrio del juez.

Y en cuanto a la responsabilidad civil *ex delicto*, el Código hace civilmente responsable al menor infractor, quien responderá con sus propios bienes. Sólo para el caso de que el menor careciere de bienes, responderán subsidiariamente sus padres o tutores, aún cuando hubiere obrado sin culpa o negligencia<sup>138</sup>. Por tanto, la acción civil se ejercita contra el menor infractor y contra sus bienes, pudiendo el perjudicado reclamar siempre y en todo caso. Este precepto encierra una finalidad a todas luces

---

<sup>134</sup> Código Penal de 1848, cit. Art. 8: *Está exento de responsabilidad criminal el menor de nueve años. Y asimismo, al mayor de nueve años y menor de quince a no ser que haya obrado con discernimiento. El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerle penas, o declararlo irresponsable.*

<sup>135</sup> Código Penal de 1848, cit. Art. 72 párrafo 1: *Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad, por haber declarado el Tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos a la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.*

<sup>136</sup> Código Penal de 1848, cit. Art. 72 párrafo 2: *Al mayor de quince años y menor de diez y ocho, se aplicará siempre, en el grado que le corresponda, la pena inmediata inferior a la señalada por la ley”.*

<sup>137</sup> Código Penal de 1848, cit. Art. 9: *Se considera circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de dieciocho años.*

<sup>138</sup> Código Penal de 1848, cit. Art. 16.2: *La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 7º y 10º del artículo 8, no comprende la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción á las reglas siguientes: 2. En los casos de los números 2º y 3º responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuviesen bienes, responderán sus padres ó guardadores, á no constar que no hubo por su parte culpa ó negligencia.*

educativa, estableciendo lo que algún autor ha denominado una «didáctica de la responsabilidad por los actos cometidos», pues enseña al menor infractor las consecuencias derivadas de su ilícito penal, antes que por la vía penal, la vía civil<sup>139</sup>.

Por vez primera se reconoce este singular sistema, cuya naturaleza jurídica es controvertida pues puede considerarse como una consecuencia jurídica más del delito, o un instrumento del Derecho penal, como es la pena o la medida de seguridad. Comparto la opinión del Prof. García-Pablos de Molina, quien señala que la responsabilidad civil *ex delicto* no es un instrumento penal propiamente, sino un instituto civil que permanece en el ámbito penal por razones históricas y político-criminales, si bien su régimen jurídico es distinto del general de la responsabilidad civil en su ordenamiento jurídico de origen como es el civil<sup>140</sup>.

### 3.2.3. El Código Penal de 1870<sup>141</sup>.

Al igual que el Código Penal de 1848-50, la minoría de edad penal se reitera en los nueve años. Manteniendo el criterio del discernimiento del menor infractor de entre los nueve y los quince años cumplidos para la determinación de su responsabilidad penal<sup>142</sup>. Es decir, se mezclan ambos criterios: el menor de nueve años era irresponsable en todo caso, y a partir de los nueve años y hasta los quince podía ser o no responsable, según estimaran los expertos y el arbitrio judicial si el menor infractor había obrado con discernimiento o no.

A diferencia de los Códigos Penales de 1822 y 1848-1850, en que también acogen el criterio mixto edad-discernimiento para la determinación de la responsabilidad del menor infractor, la novedad de este cuerpo normativo estriba fundamentalmente en la incorporación del tratamiento protector del menor de edad. Del

---

<sup>139</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág.299.

<sup>140</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho penal*, ob. cit. Pág. 153. Sobre la responsabilidad civil *ex delicto* me detendré al tratarlo en el epígrafe 16 de este Trabajo.

<sup>141</sup> Código Penal de 1870, aprobado por la Ley de 1 de junio de 1870.

<sup>142</sup> Código Penal de 1870, cit. Art. 8.2: *No delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal, el menor de nueve años.* Art. 8.3: *No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal, el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento.* El artículo 8.3 fue modificado mediante Real Decreto de 14 de noviembre de 1925, ampliando el margen de discernimiento, de los quince a los dieciséis años cumplidos. Cfr. Real Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1925 (GAZETA DE MADRID, de 15 de noviembre).

que tomará su esencia todo el cuerpo normativo de protección del menor de edad aplicado actualmente en España<sup>143</sup>. La peculiaridad de este Código es que acudía al criterio mixto de determinación de la responsabilidad penal del menor infractor, en virtud de la franja de edad y el exámen de madurez, pero la carga de la prueba correspondía a la acusación, nunca a la defensa del menor infractor, rompiendo con lo que hasta ese momento había sido nuestra tradición jurídica.

Aquí la diferencia: si el menor imputable penalmente no obró con discernimiento suficiente para entender la ilicitud de su acción delictiva, se le aplicaba el tratamiento protector: el menor debía ser entregado a su familia, y ésta quedaba obligada a vigilar y educar adecuadamente al menor. No obstante, si los padres del menor infractor fueran incapaces de corregir o cuidar, o no merecieran la confianza del

---

<sup>143</sup> En la actualidad existe una extensa red jurídica de protección de menores, cuyo destinatario viene definido en el art. 1 de la CDN, entendiendo por menor a «todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Normativa Internacional: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>, a la que de ahora en adelante me referiré como DUDH; Convención sobre los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), a la que de ahora en adelante me referiré como CDN; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. En vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977), a que de ahora en adelante me referiré como PIDCP; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Aprobado por la Asamblea General en su resolución 54/263, de 25 de mayo de 2000. Ratificado por España el 31 de enero de 2000 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002). CONSEJO DE EUROPA: Convenio Europeo nº 55 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Firmado y ratificado por España el 10 de octubre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979); Decisión 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (DOCE núm. L 138, de 9 de junio de 2000); Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DOUE núm. 13, de 20 de enero de 2004); Recomendación R(90)1121, de 1 de febrero de 1990, relativa a los derechos de los niños. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Anexo de la Resolución 1997/30, de 21 de julio de 1997, sobre Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal; Dictamen 2006/C 110/13, de 15 de marzo de 2006, sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea» (DOCE C110/75, de 9 de mayo de 2006). PARLAMENTO EUROPEO: Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, aprobada por el Parlamento Europeo, a través de la Resolución A 3-0172/92 (DOCE núm. C 241, de 21 septiembre 1992), a la que de ahora en adelante me referiré como CEDN. Normativa nacional: Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero), a la que de ahora en adelante me referiré como LOPJM; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 83, de 7 de abril; BOE núm. 183, de 2 de agosto); Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 169, de 17 de julio; BOE núm. 284, de 25 de noviembre), en la actualidad derogada por la Ley 3/2012, de 12 de junio, de Supresión del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (BOE núm. 247, de 13 de octubre; BOCM núm. 155, de 30 de junio de 2012).

Juez para hacerlo, la franja de edad más adulta del menor delincuente o la gravedad del caso, el Juez podía acordar su ingreso en una casa de corrección por el tiempo que estimara conveniente, siempre que la edad del menor no excediera de los veinte años cumplidos<sup>144</sup>.

La pena aplicable al menor imputable que obró con discernimiento sería una pena discrecional inferior en dos grados a la señalada en la ley penal común según el delito cometido<sup>145</sup>. El legislador entendía que el menor de edad infractor presentaba una culpabilidad disminuída respecto del adulto, del que le separa fundamentalmente la capacidad de discernimiento que, en el adulto, es plena. Pero la pena a aplicar al menor infractor era la misma que la aplicable al adulto, aunque atenuada.

En cuanto a la responsabilidad civil *ex delicto*, cambia el criterio del Código Penal de 1848-50: serán los padres o guardadores quienes respondan directamente de las consecuencias civiles derivadas del ilícito penal del menor infractor<sup>146</sup>.

Es en este período, con el establecimiento de «medidas» de carácter educativo y el internamiento del menor infractor en asilos, establecimientos hospitalarios y casas de reforma, cuando comienza propiamente el tratamiento moderno de la delincuencia juvenil<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Autores como ANTÓN ONECA, ven en dicha medida la primera piedra del moderno tratamiento del menor infractor. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «El Código Penal de 1870», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIII, Madrid, mayo-agosto\_1970. Pág. 229(242) a 251. Tomado de: ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob. cit. Pág. 39.

<sup>145</sup> Código Penal de 1870, cit. Art. 86.1: *Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.* Y el art. 86.2: *Al mayor de quince años, y menor de diez y ocho, se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley.*

<sup>146</sup> Código Penal de 1870, cit. Art. 19: *En los casos 1º, 2º y 3º son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco ó imbécil y el menor de nueve años, ó el mayor de esta edad y el menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que lo tengan bajo su potestad ó guarda legal, á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad ó guarda legal, ó siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbéciles o menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la ley civil.*

<sup>147</sup> El 4 de enero de 1883 se expidió una ley estableciendo reformatorios en los que se brinda una educación paternal, y en 1888 se creó el Reformatorio de Alcalá de Henares para jóvenes delincuentes. En 1890 se creó el Asilo Toribio Durán para menores rebeldes, depravados y delincuentes. Con la Ley de 14 de agosto de 1904 de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad quedó asegurado que los menores infractores y responsables penalmente no fueran enviados a la cárcel con los adultos. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 321 y ss.

El «modelo tutelar» del menor infractor terminó por dar lugar a la promulgación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1918<sup>148</sup>. Por primera vez en España, las infracciones delictivas cometidas por el menor de quince años de edad serían asumidas por una jurisdicción propia, diferente a la jurisdicción penal ordinaria, y bajo la forma de un procedimiento penal eminentemente educativo<sup>149</sup>. La LTTM no nació para castigar, sino para ayudar, proteger y corregir. Las medidas judiciales que se imponían al menor infractor no tenían ya por finalidad su castigo –como sí es la finalidad de la pena–, sino proporcionarle las herramientas necesarias para tratar de evitar en lo venidero las causas que le llevaron a la comisión del ilícito penal en cuestión, en consonancia con la finalidad preventiva del castigo.

Los vacíos legales y errores detectados en dicho cuerpo normativo dieron lugar a sucesivas reformas<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, de Tribunales Tutelares de Menores (GAZETA DE MADRID, de 15 de agosto), a la que de ahora en adelante me referiré como LTTM. Desarrollada por el Real Decreto de 25 de noviembre de 1918, sobre Organización y Atribuciones de Tribunales para Niños (GAZETA DE MADRID, de 27 de noviembre). El primer Tribunal Tutelar nace en Chicago en 1899. En España, los primeros Tribunales de menores fueron Bilbao y Tarragona en 1920 y después Barcelona y Zaragoza en 1921, importados de Europa, más concretamente de la legislación belga de 1912 (la Ley Carton de Wiart, que influiría en todos los países de la vieja Europa). Posteriormente se crearon en San Sebastián, Vitoria y Murcia en 1922. En 1928 ya se habían implantado en otras provincias españolas: Alicante, Almería, Gerona, Granada, Huesca, Jaén, Lérida, Logroño, Madrid, Oviedo, Palma de Mallorca, Pamplona, Teruel y Valencia. Todo este proceso doctrinal y legislativo se caracteriza por la pretensión de establecer unos órganos jurisdiccionales específicos para el menor, en su doble vertiente de inadaptado socialmente como el abandonado o necesitado de protección, que sin el rigor del formalismo procesal imperante en el derecho de adultos, se atenderá a sus circunstancias personales, familiares, educativas y laborales, y sociales, y se proceda en su caso a su tutela y corrección. Las «medidas» aplicables al menor infractor se recogerían en su art. 9.1.a). Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 363-390; BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», ob. cit. Pág. 14 y 15.

<sup>149</sup> LTTM, cit. Art. 3, 6 y 8, respectivamente.

<sup>150</sup> Primera reforma: Decreto-Ley de 15 de julio de 1925. Segunda reforma: Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929. Tercera reforma: Ley de 26 de agosto de 1932. Cuarta reforma: Ley de 13 de diciembre de 1940. Quinta reforma: Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su aplicación (BOE núm. 201, de 19 de julio). Un estudio pormenorizado en: CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 372-390. La LTTM sometía los hechos punibles cometidos por menores de quince años al conocimiento de los llamados «tribunales para niños». Fue reformada por la Ley de 15 de julio de 1925 y, posteriormente, por la Ley de 3 de febrero de 1929, de Tribunales Tutelares para Niños. Esta última ley mantiene la naturaleza administrativa –no penal– del Tribunal, aún cuando ostentaba facultades protectora y reformadora, ésta última de carácter penal. Cfr. VIDAL HERRERO-VIÖR, M. S.: «Carácter público del Derecho penal vs. gestión privada de los centros de reforma de menores», en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 11-12, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010. Pág. 231(236-237) a 289.

### 3.2.4. El Código Penal de 1928<sup>151</sup>.

La consideración del menor como «inimputable» o con una capacidad de culpabilidad disminuída en relación al adulto, en virtud de su capacidad de discernimiento, sufre un cambio sustancial a finales del siglo XIX, que abandona el criterio del discernimiento por considerarlo inútil o de difícil verificación, para intentar acogerse al criterio cronológico o biológico puro.

El Código Penal de 1928 incorpora novedades en materia de menores infractores, recogidas en su Exposición de Motivos, en que late el deseo de «fomentar la jurisdicción de los tribunales tutelares para niños»<sup>152</sup>. Se establece definitivamente la «presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad» absoluta del menor de nueve años, con el carácter de eximente completa; y de «inimputabilidad» indeterminada en virtud del criterio del discernimiento hasta los dieciséis años, lo que conlleva que el mayor de nueve años y menor de dieciséis que hubiese actuado con suficiente discernimiento puede ser considerado responsable penalmente<sup>153</sup>. A partir de los dieciséis años cumplidos, el menor infractor será plenamente responsable, aún cuando la responsabilidad penal exigida al menor imputable sea distinta a la del adulto. Y ello, con independencia de que quede acreditada la falta de suficiente discernimiento para cometer un ilícito penal por parte del menor infractor.

En consecuencia, la edad penal se eleva a los dieciséis años, intentando sustituir el criterio del discernimiento por el criterio biológico puro, y se introduce la

---

<sup>151</sup> Código Penal de 1928, aprobado por el Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928 (GAZETA DE MADRID, de 9 de septiembre). Fue realizado bajo la dictadura de José Antonio Primo de Rivero, habiendo reinado en España el rey Alfonso XII.

<sup>152</sup> Código Penal de 1928, cit. EM.

<sup>153</sup> Cfr. Código Penal de 1928, cit. Art. 56: *Es irresponsable el menor de dieciséis años. El presunto responsable en cualquier concepto de una infracción penal de las definidas en este Código o en las Leyes especiales, que no haya cumplido dieciséis años será sometido a la Jurisdicción especial del competente Tribunal Tutelar para niños. Pero mientras exista algún territorio al que no alcance la Jurisdicción de los Tribunales Tutelares se aplicará lo que preceptúa el artículo 855. Añadiendo el art. 855.2: Están exentos de responsabilidad: Los mayores de nueve años y menores de dieciséis, a no ser que hayan obrado con discernimiento. El Tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponer las penas o declararles irresponsables.* «A éstos le eran aplicables las medidas previstas en la Legislación especial por la que se regían los Tribunales Tutelares de Menores». Cfr. Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, cit., y posteriores modificaciones. En realidad, la elevación de la mayoría de edad penal fue realizada tres años antes por medio de un Real Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1925, que elevó la mayoría de edad penal a los dieciséis años. Cfr. Real Decreto-Ley, de 14 de noviembre de 1925, cit.; POLAINO NAVARRETE, M.: *Estudios penales*, Servicio de Publicaciones, 1ª Ed., Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988. Pág. 283.

circunstancia atenuante de responsabilidad penal la de ser mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho: se dispone una atenuación imperativa de la pena en uno o dos grados, según el arbitrio judicial<sup>154</sup>. Sólo a partir de los dieciocho años cumplidos se era considerado adulto, y, en consecuencia, plenamente responsable a efectos penales.

El criterio del discernimiento se mantuvo, sin embargo, en el Código de Justicia Militar de 1945<sup>155</sup>, quedando exento de responsabilidad penal el menor de dieciséis años que no hubiere obrado con discernimiento. Aún cuando no rige desde la aprobación del Código Penal Militar de 1985 que, al no estipular nada sobre el particular, y en virtud de la cláusula general de remisión contenida en su art. 5, hay que entender remitido a la legislación penal común<sup>156</sup>.

El criterio cronológico de los dieciséis años pasará al Texto Refundido del Código Penal de 1973<sup>157</sup>, modificado parcialmente por leyes sucesivas. Siendo acogido también por la legislación militar en el Código de Justicia Militar de 1980<sup>158</sup>.

El Código Penal de 1928 se ha considerado «el primer Código Penal que establece una jurisdicción especial de menores, confiando a los mismos a los Tribunales Tutelares, y en consecuencia, inhibiéndolos de la jurisdicción ordinaria»<sup>159</sup>. Esta parte del Derecho de menores quedó completamente armonizada con el Real Decreto-Ley y

---

<sup>154</sup> Código Penal de 1928, cit. Art. 65.5: *Las condiciones personales del delincuente que atenúan la responsabilidad son: 5ª Ser el agente, al cometer la infracción, mayor de dieciséis y menor de dieciocho años.* En relación con el artículo 154.

<sup>155</sup> Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945 (GAZETA). Modificado por: Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar (BOE núm. 280, de 21 de noviembre).

<sup>156</sup> Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE núm. 296, de 11 de diciembre). Art. 5: *Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código.* Cfr. GÓMEZ HIDALGO, J. I.: «Minoría de edad penal y la Jurisdicción Militar», en *Revista El Derecho*, núm. 152, Madrid, 2000.

<sup>157</sup> Código Penal de 1973, aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre).

<sup>158</sup> Ley Orgánica 9/1980, cit. Art. 21: *Cuando personas sujetas a distinto fuero ejecuten un solo hecho definido como delito en este Código y en el Código Penal, o sea constitutivo de dos o más delitos que deban conocer jurisdicciones distintas, será competente la jurisdicción ordinaria, excepto en los supuestos delictivos que afecten a la Seguridad del Estado o a la disciplina militar, en cuyo caso será competente la Jurisdicción Militar.*

<sup>159</sup> Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob. cit. Pág. 41. Cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 133-149.



su Reglamento de 3 de febrero de 1929, sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares de Menores<sup>160</sup>.

La esencia retributiva del castigo aplicable al menor infractor, que contaba con una dilatada tradición jurídica, queda interrumpida por el CP de 1928, sin duda por razones de prevención especial, única excepción en nuestro ordenamiento jurídico español. No es baladí el empleo de la palabra «pena», cuando el Código Penal de 1870 había utilizado ya la palabra «medida», pues al menor de edad imputable penalmente de un delito o falta se le seguían imponiendo penas, aunque –por razón de su menor edad– quedaban atenuadas, según la franja de edad en que se encuentre, y en virtud de la mayor o menor malicia del ilícito cometido.

Para entender en profundidad el tratamiento que el CP de 1928 hace del menor infractor, debo señalar que este cuerpo normativo está inspirado en el principio de «defensa social», doctrina surgida bajo el paraguas de las teorías de la prevención especial y sus tesis resocializadoras<sup>161</sup>.

### **3.2.5. El Código Penal de 1932<sup>162</sup>.**

El Código Penal de 1932, un cuerpo normativo calificado como de «humanizante» por la supresión de la pena de muerte, abandona de forma definitiva y sin excepción alguna el criterio de discernimiento, para sustituirlo por el criterio biológico puro, consolidando la edad penal en los dieciséis años cumplidos.

---

<sup>160</sup> Real Decreto-Ley y su Reglamento de 3 de febrero de 1929, sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales Tutelares de Menores (GAZETA DE MADRID, de 7 de febrero). Esta ley sufrió reformas con la llegada de la Segunda República por medio de sendos decretos de junio de 1931.

<sup>161</sup> La doctrina de la «defensa social», también denominada «política criminal humanista», sostiene que el delito no puede considerarse como un acto de libre voluntad sino como un acto de comportamiento individual del infractor, lo que justifica que la sociedad reaccione mediante la aplicación del Derecho, no con una finalidad de retribución ética de la pena, sino como medio de defensa social; aún cuando a la pena sí le adhiere un carácter curativo y reeducativo, de ahí que la duración de la misma se determine no en virtud del daño ocasionado, sino según las necesidades del infractor para lograr su reeducación y reinserción. Su máximo exponente fue FERRI.

<sup>162</sup> Código Penal de 1932, aprobado por la Ley de 27 de octubre de 1932 (GAZETA DE MADRID, de 28 de octubre). Este texto legal fue el resultado, no de la modificación del Código Penal de 1928 –derogado por el Gobierno provisional de la Segunda República– sino del Código Penal de 1870, al que se volvió como consecuencia de la derogación del Código Penal de 1928.

El menor con edad inferior a los dieciséis años quedaba fuera del Derecho penal, y, en consecuencia, eximido de toda responsabilidad penal, con independencia del discernimiento de la maldad del hecho cometido<sup>163</sup>. En estos casos, su jurisdicción encuentra su ubicación en las «medidas de seguridad» previstas por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, facultando al juez para aplicar medidas protectoras en beneficio del menor infractor, generalmente mediante el envío del menor a instituciones de protección<sup>164</sup>. En consecuencia, el acto ilícito cometido por un menor con edad inferior a los dieciséis años no sería castigado en ningún caso: sólo el criterio protector privaba al menor en esa etapa<sup>165</sup>.

Se mantiene la atenuante de minoría de edad para los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, quedando solo esta franja de edad sometida al Derecho penal y penitenciario de la época<sup>166</sup>. El Tribunal podía, además, optar discrecionalmente entre imponer la pena inferior en uno o dos grados, o bien sustituir dicha pena por el internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta lograr su corrección<sup>167</sup>.

En materia de responsabilidad civil *ex delicto*, vuelve al criterio que contemplaba el Código Penal de 1870: serán los padres o guardadores quienes respondan directamente de las consecuencias civiles derivadas del ilícito penal del menor infractor<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Al igual que en el Código Penal de 1822, al menor de dieciséis años que hubiere cometido un ilícito penal, por ser inimputable penalmente, le eran aplicables las medidas previstas en la Legislación especial por la que se regían los Tribunales Tutelares de Menores de 1918.

<sup>164</sup> Las «medidas de seguridad» que contempla este CP de 1932 no son las que figuraban en el CP de 1928.

<sup>165</sup> Cfr. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Es el mismo espíritu y finalidad el que ha llevado al legislador a la elaboración y aprobación de la 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero). A la que de ahora en adelante me referiré como LOPJM.

<sup>166</sup> Código Penal de 1932, cit. Art. 71: *El mayor de dieciséis y menor dieciocho se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados.*

<sup>167</sup> Código Penal de 1932, cit. Art. 72: *Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuese del todo eximente por falta de pago de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de la responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8º, siempre que concurriere el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren correspondiente, atendiendo el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren.*

<sup>168</sup> Cfr. Código Penal de 1870, cit. Art. 19.

Como expresa Alemán Monterreal, surge así un nuevo modelo de responsabilidad del menor infractor caracterizado por establecer la exclusión del menor del sistema penal de adultos, a través de un mecanismo basado en un criterio puramente cronológico o biológico: la fijación de una determinada edad antes de la cual el sujeto se considera menor, y por ello, exento de la posible intervención punitiva tradicional a través de penas, y a partir de la cual podrá ser sancionado aunque con notables atenuaciones. Es más, el castigo a imponer se fundamenta y determina con base en la concreta necesidad de corrección del menor<sup>169</sup>. Por lo que el Código Penal de 1932 apuesta por la corriente reformadora del «correccionalismo» y los criterios preventivo-especiales<sup>170</sup>.

Este texto penal y la legislación protectora fueron complementados por la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 en la que se establecían determinadas «medidas de seguridad» tanto predelictuales como posdelictuales, lo que tuvo su repercusión también en la legislación penal aplicable al menor de edad, fundamentalmente por su naturaleza jurídica, ya las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad del sujeto, y no en la peligrosidad de la conducta. En definitiva, suponía un retroceso en la forma de entender la penalidad del menor, pasando de una perspectiva de prevención especial para volver a las razones de prevención general negativas<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob. cit. Pág. 40. Hasta el siglo XIX, los sistemas penales sólo disponían de un instrumento para responder del delito: la «pena» de carácter retributivo, que se impone como consecuencia del ilícito cometido y la culpabilidad de su autor. Es a finales del mismo siglo XIX cuando nacen las «medidas de seguridad» de la mano del pensamiento preventivo especial en torno a la idea de peligrosidad. Concepto distinto al de «medida», concepto que contempla la legislación del menor actualmente aplicable en España, que no es ni «pena» ni «medida de seguridad», sino una consecuencia jurídica *sui generis* de acusada orientación educadora y pedagógica, que se impone en «interés del menor» según lo dispuesto en la «Ley del Menor». Aún cuando un sector de la doctrina entiende que se trata de «penas» en las que predominan objetivos preventivo-especiales, como LANDROVE DÍAZ o GARCÍA PÉREZ, y otro sector entiende que son «medidas de seguridad», como GRACIA MARTÍN. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit. Pág. 57 y ss; GRACIA MARTÍN, L. En: BOLDOVA PASAMAR, L. A.; ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. GRACIA MARTÍN, L (Coord.), Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2004. Pág. 285 y ss; GARCÍA PÉREZ, O.: «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico», en *Revista Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 3, Ed. UNED, Madrid, 1999. Pág. 63. Se ocupa detenidamente de esta cuestión: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la L.O. 5/2000, de 12 de enero», ob. cit. Cap. IV.

<sup>170</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 398. Y la bibliografía citada por el autor.

<sup>171</sup> Ley de 4 de agosto de 1933, de Vagos y Maleantes (GAZETA DE MADRID, de 5 de agosto), a la que de ahora en adelante me referiré como LVM. Sobre el problema de las «medidas de seguridad» y su pertenencia al Derecho penal: cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 136 a 143. Y la bibliografía ahí citada. Las «medidas de seguridad predelictuales» fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, por entender que con ellas se viola el

El menor de edad en quien concurría las circunstancias previstas en la Ley era puesto a disposición del Tribunal Tutelar competente –donde se hallare constituido, y, en su defecto, el juez de primera instancia- quien adoptaría las medidas de guarda, educación y enmienda previstas en la Ley de Tribunales Tutelares para Niños<sup>172</sup>.

No obstante, la Ley de Seguridad del Estado de 1941 prescinde de la atenuante de responsabilidad penal por minoría de edad para los casos en que el mayor de dieciséis pero menor de dieciocho años cometiese alguno de los siguientes delitos: robo con armas, asociación para cometer el robo con armas, y secuestro. En estos tres supuestos, el menor de edad sería penado como mayor de edad<sup>173</sup>. Legislación ésta que se aleja en mucho del espíritu normativo imperante en ese momento en relación al menor infractor.

---

principio de legalidad penal pues no pueden presumirse sino que han de estar probadas; razonamiento no compartido pacíficamente por la doctrina española que otorgaba naturaleza administrativa a las medidas predelictuales. Vid. SSTC núm. 159/1985, de 27 de noviembre [RTC 159/1985], 23/1986, de 14 de febrero [RTC 23/1986] y 21/1987, de 19 de febrero [RTC 21/1987]. En todo caso, fueron derogadas con el CP de 1995, DD única, apartado c), condicionando la aplicación de cualquier medida de seguridad a la previa comisión de un hecho tipificado en la ley como delito. Cfr. CP, cit. Art. 6 apartado 1: *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.* Y apartado 2: *Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.* Art. 95 apartado 1: *Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias: 1ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*

<sup>172</sup> LVM, cit. Art. 1: *...Los menores de edad en quienes concurran las circunstancias previstas en la presente Ley serán puestos a disposición del Tribunal tutelar, donde se halle constituido, y, en su defecto, al del Juez de Primera Instancia, que tomará las medidas de guarda, educación y enmienda previstas en la Ley reguladora de dichos Tribunales de menores. Cuando el menor de dieciocho años sujeto a acción reformadora por aplicación de la ley de Protección de menores, llegare a este límite de edad hallándose sometido al correspondiente tratamiento correccional preventivo, continuará bajo dicho régimen tutelar en los términos y modos establecidos por los artículos 18, 19 y concordantes de la referida Ley especial.* Cfr. VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Carácter público del Derecho penal vs. gestión privada de los centros de reforma de menores», ob. cit. Pág. 236-237. La Ley de Tribunales Tutelares de Menores fue nuevamente modificada mediante Ley de 13 de diciembre de 1940.

<sup>173</sup> Ley de 29 de marzo de 1941, de Seguridad del Estado (GAZETA DE MADRID, de 30 de marzo). Art. 57.

### 3.2.6. El Código Penal de 1944 y sus reformas: el «Texto Revisado de 1963» y el Texto Refundido de 1973<sup>174</sup>.

El Código Penal de 1944 experimentó numerosas reformas, llegándose a publicar un texto revisado en 1963, y otro refundido en 1973.

En todos estos cuerpos normativos, al igual que en el Código Penal de 1932, el menor de dieciséis años quedaba eximido de responsabilidad penal, pero con excepciones<sup>175</sup>. Se mantuvo la atenuante de la minoría de edad para el menor infractor

---

<sup>174</sup> Código Penal de 1944, aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1944 (GAZETA DE MADRID, de 24 de diciembre); Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto Revisado de 1963» del Código Penal (BOE núm. 84, de 8 de abril); Código Penal de 1973, cit. Vid. Nota 115 *supra*.

<sup>175</sup> En cuanto a la exención de responsabilidad penal del menor de edad: Cfr. Código Penal de 1944, art. 8.2 párrafo primero: *Está exento de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años, por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la Autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice.*; «Texto Revisado de 1963», art. 8.2: *Están exentos de responsabilidad criminal: El menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la Ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la Autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice*; Texto Refundido de 1973, art. 8.2: *Están exentos de responsabilidad criminal: El menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice.* Como puede apreciarse, este artículo es exactamente igual al art. 8.2 del «Texto Revisado de 1963». Este precepto normativo resulta de gran interés pues supone la introducción de la declinatoria de competencia por la jurisdicción tutelar de menores, hasta entonces no contemplada. Ello conllevaba serios problemas, habida cuenta que «...de una parte, las medidas de seguridad susceptibles de aplicar por esa Autoridad (gubernativa) en el marco de habilitación legal aludido eran inexistentes, por lo que la declinatoria de jurisdicción de los Tribunales Tutelares conducía en la práctica a la no imposición de medida alguna. Y, de otra parte, suponía una vulneración del principio de jurisdiccionalidad penal que, actualmente, impide la imposición de sanciones de carácter penal por parte de la Administración. Tal era la simple solución que el nuevo Código daba al problema de la protección social contra los menores infractores considerados peligrosos, sin plantearse, pues, la posibilidad de crear un régimen especial apropiado a sus particulares condiciones». Vid. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 166-168. Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita». En BUSTOS RAMÍREZ, J. (Dir.), *Un Derecho penal del menor*, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1992. Pág. 11-53. En cuanto a la circunstancia atenuante de la menor edad: cfr. Código Penal de 1944, cit. Art. 9.3ª: *Son circunstancias atenuantes la de ser mayor de dieciséis y menor de dieciocho años.* Añadiendo el art. 65: *El Tribunal podrá sustituir, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, la pena impuesta por el internamiento en una institución especial de reforma, por tiempo indeterminado*

mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, así como la capacidad discrecional del Juez de acordar, bien la atenuante por edad, bien el internamiento del menor en institución de reforma hasta su total corrección. Por lo que el «modelo tutelar» continuaría imperando, tratando de conciliar la aplicación de la legislación penal vigente, con lo punitivo y lo educativo. Encaja con el carácter acentuado de la prevención general del Código, aún cuando desde el punto de vista de la prevención especial se hacen avances importantes.

Años más tarde, con la última reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y su Reglamento para su aplicación, ambos de 1948, se reguló no solo el procedimiento a seguir en materia de delitos o faltas cometidos por el menor de dieciséis años, sino también las «medidas» a adoptar en tales supuestos bajo el «principio de libertad de criterio», y en otros como en el caso de las infracciones cometidas por menores de la misma edad contempladas en las leyes provinciales y municipales, o tratándose de menores con edad inferior a los dieciséis años quienes, a juicio del tribunal respectivo, requirieran el ejercicio de la facultad reformadora<sup>176</sup>.

---

*hasta conseguir la corrección del culpable*; en conexión con el art. 9.3ª y 65 del «Texto Revisado de 1963» y el Texto Refundido de 1973, cit. Art. 9.3ª: *Son circunstancias atenuantes la de ser el culpable menor de dieciocho años*. Añadiendo el art. 65 de ambos cuerpos legales: *Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en Institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable*. No han sido pocos los autores que han considerado contrario este planteamiento de duración indeterminada de las medidas aplicables al menor infractor al principio de seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho.

<sup>176</sup> Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su aplicación (BOE núm. 201, de 19 de julio). Al que de ahora en adelante me referiré como LTTM. Se les asignó a los Tribunales Tutelares de Menores tres funciones: reformadora, protectora y enjuiciadora en términos análogos a la Ley de 1918. «La libertad de criterio establecida en el art. 16 de la LTTM sirvió para un endurecimiento en el control social de los jóvenes, hecho de una forma arbitraria y discriminada. De ahí que la reacción a favor de un sistema garantista tenga un fundamento no sólo legítimo y constitucional, sino también de mejora del sistema». Vid. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar». GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Cap. I, Consejo General del Poder Judicial, núm. 9, CGPJ, Madrid, 2000. Pág. 27(29) a 43. De la misma autora: *Delincuencia juvenil y control social*, Ed. Círculo Editor Universo, Barcelona, 1981. «A raíz de la promulgación de la Constitución, se puso en entredicho la constitucionalidad de dicha competencia, puesto que ir más allá de conductas no constitutivas de delitos, suponía una violación de los más elementales principios de seguridad jurídica y tipicidad penal, necesarios también en la jurisdicción de menores. Limitar la intervención de la Justicia a hechos constitutivos de delitos no suponía, por supuesto, dejar de atender los casos de “menores en riesgo o en peligro”, sino situar las cosas y entender que la Justicia era el último recurso al que se debería acudir, y que por tanto, la respuesta a la situación de los menores en conflicto, o en riesgo, debería darse a través de otros sectores de la sociedad». Vid. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita», ob. cit. Pág. 22. Cfr. LTTM, cit. Art. 9.

El criterio de exención de responsabilidad penal del menor de dieciséis años será también asumido por la Ley especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970<sup>177</sup>, y se mantiene hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Al igual que el criterio del discernimiento, que permaneció en la legislación militar hasta el Código de Justicia Militar de 1980<sup>178</sup>.

Será esta época de los años 70 y 80 cuando comience una nueva forma de entender la penalidad de los menores. La alarma social por el aumento de la delincuencia juvenil y la permisividad de las «medidas» aplicables hasta entonces al menor infractor, se traducen en una concepción del menor como responsable de sus actos: de ahí la denominación de «modelos de responsabilidad». Para también distinguir entre su situación de desamparo y las infracciones delictivas, tratando de separar en cada caso a la hora de aplicar las medidas oportunas<sup>179</sup>.

### **3.3. La Constitución española de 1978.**

Aún cuando la Carta Magna no hace referencia propiamente a la jurisdicción de menores, al sentar las bases del Estado de Derecho, la normativa hasta entonces aplicable a esa jurisdicción no parecía muy compatible con su articulado, y exigía la revisión de los principios informadores, de las reglas procesales y de la propia organización de los Tribunales de Menores que regulaba la LTTM de 1948<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (BOE núm. 187, de 6 de agosto). A la que de ahora en adelante me referiré como LPRS. Art. 1: *Quedan sometidos a las prescripciones de la presente ley los mayores de dieciséis años que se encuentren comprendidos en sus artículos segundo, tercero y cuarto. Los menores de dicha edad que puedan considerarse incluidos en los dos primeros preceptos citados, serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores.* Cuerpo legislativo que sustituyó la LVM de 1933.

<sup>178</sup> CJM de 1980, cit. Art. 185.2: *Están exentos de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años.*

<sup>179</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 413; HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *Derecho Penal Juvenil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003. Pág. 54; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La mayoría de edad penal en la reforma», en *Política criminal y reforma penal, Homenaje al Prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, EDESA, Madrid, 1993. Pág. 607-645.

<sup>180</sup> «El Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativo-jurisdiccionales, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministro de Justicia y que, además, dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, que a su vez dependía del Ministerio de Justicia. Dicha estructura se alteró por las modificaciones que introdujo el Decreto 414/1976, de 26 de febrero, permitiendo al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la

Supuso la consagración del principio fundamental de protección a la infancia y a la juventud como principio rector de la actuación estatal (art. 39 y 48), así como el acercamiento de la normativa internacional en pro de la infancia surgida a partir de la década de los 60 (art. 10.2 y 39.4), cuya piedra de toque ha sido la DDN de 1959<sup>181</sup>. Esta Declaración presenta la educación como un derecho irrenunciable, que tendrá su obligatorio cumplimiento en las instituciones de internamiento de menores. Un panorama internacional que abriría las puertas a la lenta transformación del «modelo tutelar» al «modelo de responsabilidad penal» del menor<sup>182</sup>. Enlazando así con el principio inspirador de la «Ley del Menor» actualmente vigente –el interés superior del menor–, y su finalidad eminentemente educativa.

No cumple con el principio de reserva de ley orgánica (art. 81), el principio de especialidad de los Tribunales de menores choca con el principio de unidad jurisdiccional, o la correspondencia de un proceso de menores de libre arbitrio con la tutela judicial efectiva (art. 24)<sup>183</sup>.

Con el art. 12 se «constitucionaliza» por vez primera la edad, y se equipara la mayoría de edad penal con la civil, fijada en los dieciocho años cumplidos: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años». Ello supuso para el

---

compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores que fue radicalmente cambiada después de la entrada en vigor de la Constitución y en consonancia con ella». Vid. VIANA BALLESTER, C.: «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», en *Revista penal.com*, núm. 13, 2004. Disponible en Internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/198/192>. Pág. 151(152) a 184. Cfr. MOVILLA ÁLVAREZ, C.: «Notas para una reforma de la justicia de menores», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 16, Madrid, 1985. Pág. 37 y ss. Citado en: GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar», ob. cit. Pág. 29.

<sup>181</sup> DDN, cit.

<sup>182</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 414-415. En relación con: DDN, cit. Art. 7: *El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.*

<sup>183</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar», ob. cit. Pág. 29; ALMAZÁN SERRANO, A.; IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: *Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 41; CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 414 y 415; LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho Penal de menores*, ob. cit. Pág. 27.



ordenamiento jurídico español la meta alcanzada tras un largo proceso histórico en la determinación de la edad de responsabilidad penal, tradicionalmente situado en un momento posterior de desarrollo de la persona. La «edad» será el dato objetivo que determine la responsabilidad del menor infractor: es decir, su «imputabilidad» o «inimputabilidad»<sup>184</sup>. Límite de edad que equipara el ordenamiento jurídico español con otros de su entorno político y cultural (Alemania, Italia, Francia, etc.).

Se consagra definitivamente el «principio de prevención especial», pensando en la medida punitiva ya impuesta, y el principio de legalidad en la ejecución de la misma, cuyo sentido reclama prioritariamente facilitar la integración del menor infractor en la sociedad, una vez cumplido el castigo, la reconciliación del infractor consigo mismo y con la sociedad en su conjunto; para acabar de perfilar, tras un largo proceso histórico, el fin último de las medidas penales a aplicar al menor infractor condenado mediante sentencia firme: la reeducación y reinserción social del menor infractor (art. 25), consecuencia de la doctrina correccional propia de las «teorías de la prevención especial» –tesis resocializadoras- aplicada hasta entonces en el tratamiento del delincuente menor de edad<sup>185</sup>.

La consagración de tales principios no supusieron una modificación en cuanto al sistema de enjuiciamiento para los menores infractores, por lo que la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 continuó vigente con las modificaciones introducidas por las diversas disposiciones hasta llegar a la legislación actual<sup>186</sup>. Sistema que resultaba del todo incompatible con el modelo político contemplado por la CE de 1978. La reforma de la justicia de menores se hacía necesaria, aún cuando se ha denominado «cronología de la desgracia», ya que desde que se promulga la CE de 1978 hasta su

---

<sup>184</sup> El art. 12 de la CE fue aprobado tal y como se había redactado en el Anteproyecto de la Constitución. La única variación que sufrió fue pasar de ser el apartado segundo del art. 11 a ser el art. 12 en solitario. Lo que refuerza, si cabe, su importancia. Ello se debió a la Comisión Constitucional del Senado, que hubo de articularlo tras un largo debate en sede constituyente: el Grupo Popular apostaba por obviar ese artículo pues la mayor flexibilidad de la legislación ordinaria permitiría una mejor adecuación a la realidad concreta, no obstante la reconsideración de la fijación de la mayoría de edad en los dieciocho años –o en una edad superior-, así como sus efectos jurídicos extensibles únicamente al sufragio activo y pasivo. El Grupo Socialista, junto con el Comunista y el Nacionalista, defendían la necesidad de reconocer la incorporación de la juventud a la vida social con plenitud de derechos y obligaciones. Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 68, de 17 de mayo de 1978 y núm. 105, de 1 de julio de 1978.

<sup>185</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho penal*, ob. cit. Pág. 227-347.

<sup>186</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 415.

final promulgación con la LORRPM, se han elaborado borradores y anteproyectos sin ninguna convicción política de llevar a término tan necesaria reforma<sup>187</sup>.

### **3.4. Normativa posconstitucional<sup>188</sup>.**

#### **3.4.1. El Código Penal de 1983<sup>189</sup>.**

Al igual que en los Códigos penales anteriores a la CE de 1978, la responsabilidad penal del menor se fija entre los dieciséis y los dieciocho años. Manteniéndose este criterio cronológico de la edad hasta la entrada en vigor del vigente Código Penal de 1995.

Lo más interesante de este cuerpo normativo estriba fundamentalmente en que se suprime la declinatoria de competencia introducida por el art. 8.2 del Código Penal de 1944, y sus posteriores reformas de 1963 y 1973: «Está exento de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años, por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice».

La declinatoria de competencia carecía de sentido, pues, por un lado, aplicar la ley penal al menor que había delinquido no cumplidos los dieciséis años, hacía

---

<sup>187</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar», ob. cit. Pág. 27.

<sup>188</sup> Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal (BOE núm. 152, de 27 de junio). Resulta muy interesante el estudio pormenorizado del Anteproyecto de Código Penal de 1980. Cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 173 a 191. Este cuerpo normativo suscitó gran interés doctrinal, ya que contempló la rebaja de la minoría de edad penal a los quince años.

<sup>189</sup> Cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 166 a 168. De interés la remisión que hace la autora: Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, Vol. I, Ed. Rafael Castellano, 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, 1986. Pág. 356.

inadecuada la imposición de medidas reformativas. Y, por otro lado, la subjetividad en la apreciación de la falta de idoneidad del menor imputable, máxime «su grave peligrosidad», implicaba la vulneración del principio de jurisdiccionalidad penal, que impide que la Administración pueda imponer sanciones de carácter penal.

No obstante, y en consonancia con la Carta Magna, la primera reforma legislativa de alcance para que se produzcan las primeras modificaciones sustanciales de la legislación de menores viene de la mano de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985<sup>190</sup>. Su afectación abarcó varios frentes: de demarcación, al integrarse los Juzgados de Menores en la organización judicial del Estado, incardinados en una jurisdicción única, dejando a un lado su carácter mixto entre órgano Judicial y de la Administración al mismo tiempo de la LTTM<sup>191</sup>. De competencia, en que quedó perfilada la función estrictamente penal de los Juzgados de Menores, atribuyendo a los órganos de la Administración las funciones protectoras y asistenciales<sup>192</sup>. De planta, al ocupar esos

---

<sup>190</sup> LOPJ, cit. Art. 96: 1. *En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de menores cuya jurisdicción se extienda, o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.* 2. *En la Villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menor, que conocerá de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.* Redactado por el apartado segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE núm. 307, de 23 de diciembre). Art. 3: 1. *En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.* 2. *En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menores, que conocerá de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

<sup>191</sup> LOPJ, cit. Art. 97: *Corresponde a los Jueces de menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes.*

<sup>192</sup> LOPJ, cit. Art. 26: *El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes Juzgados y Tribunales: Juzgados de Paz. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.* (Apartado redactado por número uno de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre)). *Audiencias Provinciales. Tribunales Superiores de Justicia. Audiencia Nacional. Tribunal Supremo.* Redactado por el apartado 1 del artículo segundo de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 164, de 10 de julio).

Juzgados los miembros de la carrera judicial que acreditaran una especialización en jurisdicción de menores<sup>193</sup>.

Con un contenido parecido, se aprobó la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988<sup>194</sup>. Aún cuando en relación a la demarcación de los Juzgados de menores, su redacción se declaró inconstitucional y nula en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional 62/90, de 30 de marzo<sup>195</sup>. Por lo que hubo de ser corregida<sup>196</sup>.

La reforma legislativa relativa al menor infractor vino de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en su sentencia de 14 de febrero de 1991, declaró totalmente inconstitucional el art. 15 de la Ley de Menores de 1948, regulador del procedimiento aplicable al menor responsable penalmente «en ejercicio de la facultad de corrección o reforma», haciendo tambalear el modelo tutelar mantenido hasta el momento, y ello por entender que se vulnera la normativa internacional<sup>197</sup>; y parcialmente inconstitucional el art. 16 del mismo cuerpo legislativo<sup>198</sup>. El Gobierno de entonces hubo de modificarlos de manera urgente y provisional, invitando, de este modo, al legislador a promulgar la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de menores<sup>199</sup>. Por tanto, hasta 1992 pervivía la antigua legislación sobre protección de menores<sup>200</sup>.

---

<sup>193</sup> Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial (BOE núm. 110, de 9 de mayo). Cap. V, art. 61 a 67; Acuerdo de 16 de junio de 1987, por el que se aprueba el reglamento para la obtención de la especialización como Juez de Menores (BOE núm. 166, de 13 de julio).

<sup>194</sup> Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (BOE núm. 313, de 30 de diciembre). A la que de ahora en adelante me referiré como LDPI.

<sup>195</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC núm. 62/1990 (Pleno), de 30 de marzo [LA LEY 1226/1990], FJ 10.b).

<sup>196</sup> Ley 3/1992, de 20 de marzo, sobre medidas de corrección de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (BOE núm. 70, de 21 de marzo). Cfr. Art. 4.3. Precepto redactado para su adaptación a la CE, en los términos contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1990, de 30 de marzo.

<sup>197</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC núm. 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero [LA LEY 1653/1991], AH 6, FJ 2 y Fallo. El principal argumento del TC fue entender que era incompatible con las garantías constitucionales del art. 24.

<sup>198</sup> STC núm. 36/1991 (Pleno), cit. FJ 7.

<sup>199</sup> Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de menores (BOE núm. 140, de 11 de junio). A la que de ahora en adelante me referiré como LORCPJM.

<sup>200</sup> Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su aplicación, cit. Sirva recordar que «los Tribunales de menores tenían una triple función: la llamada facultad protectora, en beneficio de los

Con la LORCPJM no llegaba más que una reforma parcial de la legislación del menor, de contenido insuficiente, para adecuar eventualmente el procedimiento a las exigencias constitucionales, anunciándose una nueva legislación de reforma de menores<sup>201</sup>.

Paradójicamente, la provisionalidad de la ley duró casi diez años. Si bien, la alabanza que debe hacerse de la ley es que aprovechó la inconstitucionalidad de dos de sus preceptos para legislar el conjunto de la jurisdicción de menores. Cumplió sus objetivos: adaptarse a la normativa internacional de menores, acallar las críticas que hasta entonces había recibido la legislación de menores por distintos sectores doctrinales, y atender a la invitación del Tribunal Constitucional de elaborar la actual «Ley del Menor».

Sin abandonar el «modelo tutelar», se produjo una evolución en la concepción del sistema, conjugándose la anterior legislación de principios positivo-correccionalistas, ocupada del menor infractor con una nueva filosofía del Derecho penal del hecho, cercana al modelo de responsabilidad<sup>202</sup>. Por lo que se reconoce el principio de tipicidad penal, que responde al principio *nullum crimen sine lege* –no existe crimen sin ley que lo consagre–, garantía procesal para el menor que comete un hecho consagrado por el ordenamiento jurídico como delito o falta. Es la tipicidad de la conducta la que el legislador ha definido previamente como generadora de responsabilidad, que por lesionar el orden jurídico se le impone una «medida»<sup>203</sup>.

---

menores de 16 años víctimas de un mal ejercicio de la patria potestad; la llamada facultad reformadora, en el caso de los menores delincuentes o descarriados; y el enjuiciamiento de los mayores de 16 años, en determinados supuestos». Vid. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar», ob. cit. Pág. 28.

<sup>201</sup> Cfr. ALMAZÁN SERRANO, A.; IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: *Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 46.

<sup>202</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 420; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar», ob. cit. Pág. 30; «La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000». GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 18, CGPJ, Madrid, 1999. Pág. 99(107) a 244.

<sup>203</sup> En este sentido, quedaban excluidas las conductas asociales o desviadas que en épocas anteriores fundamentaban la presunción de una futura peligrosidad, con la consiguiente intervención mediante la imposición de medidas. Los límites de la delincuencia juvenil han estado indefinidos durante mucho tiempo, existiendo discrepancias entre su conceptualización legal y su entidad sociológica. Si bien, la Organización de Naciones Unidas se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de que la expresión «delincuencia juvenil» debía restringirse al estricto campo de la violación del derecho positivo

Son significativas las modificaciones introducidas por la LORCPJM en el sistema de responsabilidad del menor. El concepto de menor infractor se reduce al mayor de 12 años y menor de 16, y siempre que realice hechos tipificados como delito o falta en las leyes penales. Otorga un protagonismo especial al Ministerio público, quien no sólo defenderá la legalidad y los derechos del menor infractor, sino que será el Fiscal quien dirija la investigación. Introduce el internamiento terapéutico (y curativo), de naturaleza distinta al internamiento en régimen cerrado, semiabierto y abierto que ya contempla: para el menor infractor que requiera un tratamiento sanitario y psicológico como consecuencia del consumo de drogas, y la gravedad del ilícito cometido aconseje su internamiento<sup>204</sup>. Se delimita temporalmente la duración de las «medidas» impuestas al menor infractor, rompiendo de este modo con la arbitrariedad imperante en los códigos anteriores de tinte paternalista, reforzando así el carácter garantista de la ley.

Se refuerza la finalidad educativa-sancionadora de las «medidas» judiciales: por un lado, de carácter educativo, capaz de concienciar al menor infractor de las consecuencias de su ilícito penal, ante sí y ante los demás; y de otro, de carácter sancionador, en cuanto que siendo medidas coactivas, por ende, son limitativas de los derechos del menor. Enmarcado todo ello en un sistema tendente a responsabilizar al menor infractor de sus actos, y su reconocimiento.

---

penal, exigiendo a los Estados la promulgación de leyes que garantizaran que ningún acto que no fuera considerado delito o falta ni castigado estuviere castigado en el caso de comisión por un adulto se considerara delito o falta o fuere sancionado si lo hubiera cometido un menor de edad. Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, cit. Pág. 16; Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, sobre Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, de la Asamblea General («Directrices de Riad»), Regla 56. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>; ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», ob. cit. Pág. 42; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: «Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores», en *Centro de Estudios Jurídicos*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2005. Pág. 5149. Disponible en Internet: [http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios\\_judiciales/SECJUD24.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD24.pdf). El autor concluye: «Con estas modificaciones nuestro ordenamiento vino a sumarse a otros muchos sistemas que organizan un sistema de justicia de menores tanto desde el punto de vista procesal como penal sustantivo, quizás el mejor ejemplo es el ordenamiento penal alemán, pudiendo citar igualmente el ordenamiento penal francés y portugués».

<sup>204</sup> LORCPJM, cit. Art. 2: *Cuarto. El art. 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, tendrá la siguiente redacción: El Juez de menores podrá acordar, con respecto a éstos, las medidas siguientes: (...) 6º Tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico.*

También la LORCPJM fue recurrida por supuesta inconstitucionalidad, pero ésta fue desestimada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 60/1995, de 17 de marzo<sup>205</sup>.

Tras la aprobación de la LORCPJM las fuentes del Derecho penal de menores en España serán: los art. 24, 25.2, 117.1 y 3 de la CE de 1978; los art. 26, 96 y 97 de la LOPJ de 1985; la LDPJ de 1988; la LORCPJM de 1992; y con carácter supletorio, en virtud de la DA 2ª de la LORCPJM: la LECr y el CP de 1995, con remisión al Reglamento de Ejecución de la LTTM de 1948.

### 3.4.2. El Código Penal de 1995<sup>206</sup>.

No fueron pocas las reticencias que seguía generando la ley de justicia juvenil, hasta el punto que el Código Penal de 1995 hubo de introducir un cambio radical en la regulación de la responsabilidad penal de menores, modificando conceptos esenciales de la LORCPJM de 1992. Sin abordar realmente la asignatura pendiente de la justicia juvenil.

Desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo, su art. 19 introduce un cambio en la determinación de la mayoría de edad penal, pasando de los dieciséis a los dieciocho años, pero dejó en suspenso el precepto hasta que no hubiera una nueva ley penal de menores<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC núm. 60/1995 (Pleno), de 17 de marzo [LA LEY 13061/1995].

<sup>206</sup> Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 281, de 24 de noviembre; rect. BOE núm. 54, de 2 de marzo). Al que de ahora en adelante me referiré como CP de 1995. Debe señalarse que el criterio inspirador del Código Penal de 1995 ha sido el intento de adaptación a los nuevos valores constitucionales.

<sup>207</sup> CP de 1995, cit. Art. 19: *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.* Se eleva por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico la edad penal a los dieciocho años, coincidiendo con el límite de edad propuesto prácticamente por la totalidad de la doctrina en materia penal, y con lo establecido por muchos ordenamientos jurídicos extranjeros: Bulgaria, Italia, Ucrania, Rusia, Argentina, Ecuador, Argelia, Camerún, Egipto, Gabón, Senegal, Israel, algunos estados de EE.UU., etc. Cfr. SERRANO MAÍLLO, A.: «Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 1995. Pág. 797; VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 250; y algunas referencias bibliográficas ofrecidas por la autora: MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, 8ª ed., Barcelona, 2008. Pág. 609; VENTURA FACI, R.: «La justicia ante la violencia juvenil». RUIDIAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense

La fijación de la edad penal en los dieciocho años sigue un criterio puramente cronológico o biológico puro, momento a partir del cual el sujeto responde penalmente del acto delictivo de modo pleno<sup>208</sup>. Quedaba equiparada, por tanto, la plena capacidad de edad penal y civil que había promulgado nuestra Carta Magna. Aunque tal equiparación no fue absoluta pues el menor de edad sería responsable penalmente conforme a las previsiones de la ley que regulara la responsabilidad penal de los menores<sup>209</sup>. Así pues, el art. 19 no supone una declaración de inimputabilidad, en cuanto prevé la responsabilidad penal del menor infractor. Distinguiendo, de esta forma, el concepto de minoría/mayoría de edad penal, del concepto de responsabilidad penal del menor de edad.

Según este precepto legal el menor infractor será responsable. Por tanto, no está excluido de la aplicación del Derecho penal sino del Derecho penal común, siguiendo la línea del «modelo de responsabilidad», conforme a las Recomendaciones del Consejo de Europa, que establece que el menor de edad sí es responsable penalmente de los delitos que cometa, pero de forma distinta al adulto<sup>210</sup>. Pero la esencia retribucionista del castigo, propia de las «teorías absolutas» o «utilitaristas» de la pena, sigue patente:

---

de Madrid, EDERSA, Madrid, 1998. Pág. 83; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 181. Resulta de gran interés el estudio sobre la tramitación parlamentaria de la minoría de edad penal y su incidencia en la legislación de menores, que dio lugar al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, convertido un año más tarde en el Código Penal de 1995; cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 207-242. Si bien, autores como BERNALDO DE QUIRÓS y NAVARRO DE PALENCIA ya se cuestionaban en 1911 la pregunta de si convendría retrasar más el límite de la minoría de edad en el ámbito penal. Los autores que mejor interpretaron el sentido moderno de la penalidad respondieron afirmativamente. Sin embargo, han tenido que transcurrir más de sesenta años para que en nuestro Derecho se eleve la edad penal de los dieciséis años, límite establecido desde el Código penal de 1928, a los dieciocho, manteniendo el Código penal de 1995 el criterio cronológico o biológico puro. Cfr. VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 246 y 247.

<sup>208</sup> La entrada en vigor del art. 19 del CP de 1995 se hizo esperar hasta 2001, aún cuando dicho precepto no quedaba condicionado por las previsiones civiles, administrativas o, incluso, constitucionales. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 24 y 444-455; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «La minoría de edad penal», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 18, año II, Ed. La Ley, Madrid, Julio-Agosto, 2005. Pág. 5 a (10); MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: «La minoría de edad penal», ob. cit. Pág. 400.

<sup>209</sup> CP de 1995, cit. Art. 19: 2. *Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.* Remisión a la LORRPM.

<sup>210</sup> Recomendación R(87)20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>; Recomendación CM/R(2008)11, de 5 de noviembre de 2008, sobre Reglas europeas para menores sujetos a sanciones o medidas. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>.



«La pena será notoriamente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo»<sup>211</sup>. Aún cuando contempla importantes excepciones al principio retributivo<sup>212</sup>.

Como señala Cámara Arroyo, vuelven a cambiar las reglas del juego con una ruptura de la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad del menor que encontrábamos en los Códigos penales anteriores, puesto que aunque los menores de dieciocho años no serán responsables conforme al Código Penal, sí lo serán respecto de la nueva Ley penal del menor. Se inicia así la consolidación de un verdadero Derecho Penal Juvenil en nuestro ordenamiento jurídico<sup>213</sup>.

La minoría de edad penal deja de ser un atenuante, y en el Capítulo II del Libro I «De las causas que eximen de la responsabilidad criminal» no incluye la minoría de edad en su art. 20.

En relación con el límite entre la minoría/mayoría de edad penal, la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, plantea y resuelve dos líneas generales de actuación: 1) Para los casos en que se descubra la comisión de un hecho delictivo por un menor pero ya mayor de edad según el art. 19, hallándose, por tanto, fuera de la jurisdicción de menores por tener dieciocho años cumplidos, no cabe su enjuiciamiento ni ante el Juzgado de Menores ni ante el Juzgado penal ordinario, es

---

<sup>211</sup> CP de 1995, cit. Art. 4.2.

<sup>212</sup> CP de 1995, cit. Libro II. Contiene numerosas manifestaciones del axioma *mayor culpabilidad mayor pena, menor culpabilidad menor pena*. Las formas delictivas imprudentes se castigan con penas más benignas que los delitos dolosos correspondientes. Cfr. Art. 142 en relación con el art. 138; art. 146 en relación con los art. 144 y 145; art. 152.1º en relación a los art. 158 y 159.2º. Igualmente en función del mal causado, y no solo de la culpabilidad del autor. Cfr. Art. 62 y 63.

<sup>213</sup> Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 447. El autor refiere otros datos bibliográficos cotejados: VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*, ob. cit. Pág. 79-81; CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 22; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 159-195; «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-332, t. 6, Ed. La Ley, Madrid, 2001. Pág. (1-2) a 13. «Se han sucedido en los últimos años un sinnúmero de borradores, anteproyectos y proyectos de ley (penal) del menor, y, sin embargo, la apresurada entrada en vigor del nuevo Código Penal (no precedida de la reforma de la legislación de menores) ha frustrado uno de los objetivos político-criminales de aquel: la elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años. Ello demuestra, sin duda, el erratismo político-criminal, esto es, la indefinición o ausencia de modelos claros en materia de jóvenes y menores y, en todo caso, la falta de voluntad política o la incapacidad para tomar decisiones oportunas en el momento necesario». Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 256.

decir, no cabe un «exámen retroactivo del hecho». Lo que no obsta para que el perjudicado acuda a la vía civil para exigir su responsabilidad civil *ex delicto*. Y 2) en el supuesto de delito continuado, en cuyo transcurso se alcance la mayoría de edad, sólo los hechos delictivos cometidos por el individuo a partir de ese momento serán tenidos en cuenta para su enjuiciamiento, del que entenderá el Juez penal ordinario<sup>214</sup>.

En consecuencia, se crea por vez primera una nueva forma de responsabilidad penal juvenil distinta a la del adulto: el menor será responsable de los delitos que cometa, aún cuando dicha responsabilidad será tratada en una ley procesal penal especial, distinta a la ley procesal penal común aplicable a los adultos<sup>215</sup>. Dicha ley tardaría cinco años más en llegar. Esto conllevó que el menor de dieciséis y diecisiete años cumplidos era enviado a prisión si el delito cometido le hacía merecedor de la pena de privación de libertad. Y ello a pesar de que la provisionalidad hubiera permitido un tratamiento por extensión del adolescente con la LORCPJM que había en ese momento.

Además, el art. 69 preveía que al mayor de dieciocho y menor de veintiún años que cometiera un hecho delictivo, se le podía aplicar la ley de responsabilidad penal del menor «en los casos y con los requisitos que ésta disponga», por lo que también queda en suspenso su entrada en vigor. A ese momento, se le aplicará la ley penitenciaria<sup>216</sup>.

Se abre, por tanto, un período de transición de la normativa penal aplicable al menor infractor –adolescente y joven- que culminará con la promulgación de la

---

<sup>214</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Pág. 1 a 61.

<sup>215</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar», ob. cit. Pág. 30.

<sup>216</sup> Código Penal de 1995, cit. Art. 69: *Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga.* Vid. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE núm. 239, de 5 de octubre). A la que de ahora en adelante me referiré como LGP. Art. 9.2: *Los jóvenes deberán cumplir separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados. A los efectos de esta Ley, se entiende por jóvenes las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido los veintiún años. Excepcionalmente, y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo cumplido veintiún años, no hayan alcanzado los veinticinco.*; art. 68.2: *En los establecimientos para jóvenes menores de veintiún años, al concluir el tratamiento con la emisión del juicio pronóstico final, se procurará la evaluación del resultado del mismo a través de los datos que proporcionen los servicios centrales correspondientes.* Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, ob. cit. Pág. 25. El autor remite a: MARTÍN SÁNCHEZ, A.: «La minoría de edad penal». En: DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. (Dir.): «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, Madrid, Mayo\_1995. Pág. 251(269) a 280.

LORRPM<sup>217</sup>. Ello suponía un vacío legal en cuanto a la responsabilidad penal del menor de edad, pues en ese momento no existía en nuestro ordenamiento jurídico una ley específica reguladora de la responsabilidad penal del menor de edad, por lo que seguía aplicándose el Código Penal de 1973<sup>218</sup>.

La aplicación de ambos preceptos quedó en suspenso hasta la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores<sup>219</sup>. La cual tardó un año más en entrar en vigor para aplicarla, pues se entendió por el poder ejecutivo que era necesario explicarla a la ciudadanía y formar a los profesionales del Derecho para su correcta aplicación. Si bien, la entrada en vigor de la LORRPM no es una cuestión pacífica en la doctrina española. Partiendo del cómputo previsto en la DF 7ª, aquélla debía producirse el 13 ó 14 de enero de 2001, dado que su publicación en el BOE fue el día 13. La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000 señalaba el día 14 para su entrada en vigor, apoyándose en algunos precedentes jurisprudenciales y en concordancia con el criterio mantenido en las Circulares 3/1995 y 1/1996, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley del Tribunal del Jurado y el Código Penal respectivamente, ambas de 1995. Sería el legislador quien resolvería la cuestión en la EM de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, fijando el día 13 de enero de 2001 para la entrada en vigor de la ley penal juvenil<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> Código Penal de 1995, cit. DF 7: *El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia. No obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo 19 hasta tanto adquiera vigencia la Ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto.* Y es que «en el momento de la aprobación del Código Penal de 1995, la ley a que hace referencia el artículo 19 se hallaba en fase de Anteproyecto, no llegando a ser discutida en el Congreso de los Diputados. Esta es la razón por la que la Disposición Final Séptima del Código de 1995, (...) tuvo que dejar en suspenso, en su párrafo segundo, el artículo 19. (...) En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado en Sentencia de 14 de julio de 1998, que “ (...) la minoría penal a los dieciocho años ya no es de *lege ferenda* sino Ley promulgada, pero de aplicación suspendida”». Vid. STS núm. 3303/1993 (Sala Segunda), de 14 de julio [LA LEY 9018/1993], FJ 6.

<sup>218</sup> Código Penal de 1995, cit. Art. 19 y 69: en vigor desde el 13 de enero de 2001. Cfr. LORRPM, cit. DF 7: *La presente Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». En dicha fecha entrarán también en vigor los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

<sup>219</sup> Sobre la evolución de la justicia de menores en España: cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de junio*, Ed. Bosch, 4ª ed., Barcelona, 2007. Pág. 1(32-34) a 639; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Jóvenes y cuestión penal en España», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 3, Madrid, Abril\_1988. Pág. 17-26.

<sup>220</sup> Vid. LO 7/2000, cit. EM. V: *No se trata, en consecuencia, de excepcionar la aplicación de la Ley 5/2000 a estos menores, ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma, prevista para el próximo 13 de enero de 2001.* Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se

No sólo no se puso en marcha sino que en el mismo año 2000 dos nuevas leyes cambiaron su lógica interna –en concreto, la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la «Ley del Menor» en relación con los delitos de terrorismo<sup>221</sup>, y la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia<sup>222</sup>- y aplazaron su aplicación más allá de los dieciocho años cumplidos durante siete años más.

---

regula la responsabilidad penal de los menores; Circular 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995; Circular 3/1995, de 27 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado. Disponibles en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

<sup>221</sup> Ley Orgánica 7/2000, de 22 diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE núm. 307, de 23 de diciembre). DF Única: *La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de lo dispuesto en su artículo segundo, que entrará en vigor el día en que lo haya la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.*

<sup>222</sup> Ley Orgánica 9/2000, de 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 307, de 23 de diciembre). DA 3ª que introduce el párrafo 2 núm. 6 de la DT Única: *Los que se hallaren sujetos a prisión preventiva a la entrada en vigor de la Ley serán excarcelados y conducidos a un centro de reforma a disposición del Ministerio Fiscal.*

**EVOLUCIÓN DE LA REACCIÓN SOCIAL  
ANTE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR EL MENOR DE EDAD**

**II. INTERVENCIÓN PENAL CON EL MENOR INFRACTOR COMO REACCIÓN FRENTE AL PROBLEMA SOCIAL DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.**

**4. La «peligrosidad de la conducta» del menor infractor, *ratio essendi* de la prohibición penal en el ámbito penal juvenil<sup>223</sup>.**

Del análisis del contexto histórico-doctrinal de la legislación del menor infractor, puede concluirse ya que las «teorías de la prevención especial» han producido los resultados más positivos en el ámbito del menor infractor, lo que no significa que el ideal rehabilitador de las mismas se haya hecho realidad.

Puede concluirse que el Derecho penal de menores actualmente vigente en nuestro país se basa, no tanto en la culpabilidad y en el carácter penológico de la respuesta sancionadora, tal como se entienden ambas categorías cuando se aplican a los adultos, sino en la «peligrosidad de la conducta» de su autor y la necesidad de educar al menor infractor mediante «medidas» carentes de sentido aflictivo, aún cuando resulta innegable que participa de las mismas connotaciones negativas que el Derecho penal común.

El concepto de «peligrosidad» es un concepto difuso pero real y dinámico, normativo y empírico. A diferencia de la culpabilidad, elemento subjetivo del delito, entendida como el conjunto de características que debe tener una conducta para que pueda ser reprochada jurídicamente a su autor, la «peligrosidad» se refiere, en principio, a las circunstancias personales del delincuente que lo hace socialmente temible ante y

---

<sup>223</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. Tirant Lo Blanc, 7ª ed., Valencia, 2013. Pág. 1(81-87) a 741; *Tratado de Criminología*, cap. II, Ed. Tirant Lo Blanch, 4ª ed. actualizada, Valencia, 2009. Ep. 2, ap. c.

en la sociedad, por su comportamiento doloso activo y constantemente esperable, como autor de un delito. Ahora bien, cuando hablamos de «peligrosidad de la conducta» en el menor infractor nos referimos a la «nocividad criminal», que, por ende, comprende la «peligrosidad social» de ciertos comportamientos. El peligro que tales comportamientos representan para determinados bienes jurídicos –sin cuya tutela eficaz no sería posible la vida en común- constituye la *ratio essendi* de toda prohibición penal en el ámbito penal juvenil<sup>224</sup>.

Ahora bien, el análisis de la «conducta peligrosa» requiere de una valoración normativa completa, es decir, el exámen de la personalidad de su autor y el significado real del acto realizado, sin obviar los aspectos motivacionales y actitudinales del autor de la conducta peligrosa, y cuente con un respaldo empírico. No basta la sola consideración del hecho cometido, porque, en definitiva, la supuesta «peligrosidad» del infractor se desprende de la mera comisión de un delito. Sólo un análisis científico puede demostrar que la calificación penal de los hechos delictivos cometidos por el menor infractor no se ajusta a la significación criminológica genuina de los mismos, más realista, sin tomar en consideración la dimensión subjetiva del infractor, es decir, sus motivaciones, valores y actitudes al delinquir. Y ello en aplicación de la normativa internacional<sup>225</sup>.

A efectos penales debe rechazarse la imagen del menor infractor como «individuo peligroso» del que participan las teorías preventivo-especiales, pues son

---

<sup>224</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 265. El autor refiere que, analizando la génesis de la prohibición, en nociones de delito de carácter material como el de «peligrosidad de conducta», aparece forzosamente unido a valoraciones socioculturales, con respaldo empírico, y libre de valoraciones penales o formales. Por imperativo del principio de legalidad penal, sólo podrían considerarse delito aquellas conductas que la ley penal describe en abstracto y sanciona con una pena. Por lo que todo concepto material representaría un peligro para la seguridad jurídica. Si bien, las exigencias de la seguridad jurídica no se colman con las meras descripciones abstractas de la conducta incriminada (tipificación) sino, en un momento posterior, con la concreción jurisdiccional de aquellas definiciones (interpretación y aplicación de las definiciones legales). Por eso, ni siquiera el concepto formal de delito garantiza *ex ante* una seguridad jurídica total y absoluta, pues muchas figuras penales describen de forma imprecisa la conducta prohibida. Por lo que el juicio definitivo exige el pronunciamiento del órgano judicial. Debe tenerse en cuenta que el concepto formal de delito no alude siempre a realidades inequívocas, sino a conductas humanas que se sitúan en un contexto histórico y cultural concreto, dándoles sentido. Por ello, aunque el concepto formal (legal) de delito responda mejor a las exigencias jurídicas –en relación al concepto material-, sin embargo difícilmente podrán satisfacerse aquellas exigencias jurídicas *ex ante*, es decir, en el momento de la tipificación normativa de las descripciones abstractas. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 126.

<sup>225</sup> Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, cit. Regla 30.

denigrantes, y muy proclives a los excesos y agravios comparativos<sup>226</sup>. Además, se hace necesario distinguir los dos niveles de reflexión: el empírico-científico, que no puede renunciar a la búsqueda de un fundamento material que legitime las prohibiciones penales, y el de la aplicación del Derecho, en el que sólo cabe un concepto formal de delito<sup>227</sup>.

No obstante, a las «teorías de la prevención especial» hay que reconocerles haber logrado la defensa de la sustitución de la «pena» por la de «medida» y «tratamiento» del menor infractor. Hablar de «tratamiento» -uno de los pilares de la prevención especial y de la resocialización- implica entrar de lleno en el ya superado debate doctrinal sobre la «intervención» con el menor infractor y el concepto de «resocialización», tradicionalmente relegados a la especulación sobre los fines teóricos del «castigo» y su legitimación propia de la dogmática tradicional, hoy revisados por la metodología empírica y causal propia de las ciencias de la conducta, más preocupadas del ámbito concreto y real del castigo, que enfatiza la prioridad de los problemas cotidianos y domésticos en su cumplimiento y ejecución<sup>228</sup>.

Como ya anticipé al tratar de la normativa penal en la Edad Moderna española, prehistoria de la tendencia preventivo-especial implícita en la legislación penal juvenil— en concreto con la *Pragmática-sanción de 1771* de Carlos III—, traza una clara distinción conceptual entre la «pena» y la «medida». La «pena», intervención del *ius puniendi* de donde el Derecho Penal recibe su nombre, es sólo y exclusivamente la consecuencia jurídica a la comisión de un hecho tipificado y penado por el Código Penal, impuesta por los jueces y tribunales penales mediante sentencia firme, tras un proceso celebrado

---

<sup>226</sup> Sobre la peligrosidad del infractor: cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Las teorías clásicas de la pena*, ob. cit. Pág. 414 y ss; FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit. Pág. 270 y ss; CASABÓ RUIZ, J. R. En: CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; CASABÓ RUIZ, J. R.; DEL TORO MARZAL, A.: *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1972-1978. Pág. 7.

<sup>227</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 283. El autor refiere el poderoso influjo que ejerció FRANZ VON LISZT a favor de la prevención especial, quien, respetando la pena y sin renunciar a la categoría de la culpabilidad, ejerció un impacto decisivo en la teoría penal y en las reformas de signo político criminal. El pensamiento de LISZT parte, metodológicamente, del método causal y empírico que, en su época (siglo XVIII), penetran en el campo de las ciencias sociales. Define el delito como «fenómeno de patología social», y la pena como «función social». Según L., la necesaria defensa de la sociedad exige que el Derecho penal se preocupe más del delincuente que del delito mismo para arbitrar una respuesta eficaz. Cfr. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 1 a 686.

<sup>228</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 286 y 294.

con las debidas garantías, y cuyo cumplimiento se hará en la forma prevista por la Ley y los Reglamentos correspondientes.

Como señala el Prof. García-Pablos, las «medidas» que contempla la LORRPM son aquellas consecuencias jurídico-penales *sui generis*, de orientación educadora y pedagógica, que se imponen al menor infractor en aras de su «superior interés», y, consecuentemente, previa comisión de un hecho delictivo<sup>229</sup>. Por lo que quedan preservados los principios de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica que integran el mandato *nullam crimen*.

La historia demuestra que el castigo es capaz de disuadir al infractor potencial – aún cuando ese efecto disuasorio no sea homogéneo, pues son muchas las variables que influyen en el mismo- al servicio de la tutela del orden social. Por lo que Feuerbach acertó en su teoría de la «coacción psicológica», es decir, la utilidad comprobada de la conminación legal en orden a la evitación del delito por miedo al castigo. Pero no justifica cualquier intervención del *ius puniendi*. Ello explica que las «teorías de la prevención especial» no se avengan a las exigencias más elementales de la «prevención general», imprescindibles, por otra parte, por imperativo del realismo penal: es decir, la idoneidad del «castigo» como medio de prevención de la criminalidad, y su legitimidad, siempre que produzca sobre la colectividad, por un lado, un efecto motivador que sea capaz de frenar y contrarrestar la delincuencia latente o potencial (prevención general negativa), y por otro lado, la afirmación positiva del Derecho basado en las convicción jurídica y ejemplarizante de respeto de la norma (prevención general positiva)<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la L.O. 5/2000, de 12 de enero», ob. cit. Cap. IV, ep. 2, ap. b). A pesar de las discrepancias desde distintos sectores de la doctrina española en entender las «medidas» que contempla la LORRPM como verdaderas «penas», y por lo tanto, de carácter eminentemente retributivo, (CEREZO MIR, LANDROVE DÍAZ o GARCÍA PÉREZ) o como «medidas de seguridad», dada su orientación a la peligrosidad del sujeto y a la prevención especial (GARCÍA MARTÍN o VARGAS CABRERA). Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 133.

<sup>230</sup> «Tarea del Derecho penal es el mantenimiento (de la vigencia) de la norma, como modelo orientador de las relaciones sociales; contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado...», por lo que la función de la pena es «la prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma». Vid. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (Trad.), CUELLO CONTRERAS, J. (Ed.), Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, 2ª ed. corregida, Madrid, 1997. Pág. 9. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Ed. Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2002. Pág. 95 y ss.



El principio de «prevención especial» empapa la legislación penal juvenil española. Subyace la idea de que el castigo al menor infractor debe servir a su resocialización: por un lado, aglutina los fines de la pena, y por otro lado, subraya la trascendencia de la ejecución penal bajo la denominación de «intervención» con el menor infractor, basada en la idea de «tratamiento». En cuanto a los fines de la pena, ya se ha expuesto suficientemente en los epígrafes anteriores. En cuanto a la «intervención» con el menor infractor, por la experiencia de trabajar con menores infractores, avalado con sofisticados metaanálisis, una buena intervención permite concebir fundadas esperanzas en la capacidad rehabilitadora de un «tratamiento» bien prescrito y ejecutado. Sin obviar que habrá que tener en cuenta ciertas variables, como la edad del penado, la clase de delito por el que se le condena, su perfil psicológico y la ficha técnica del concreto tipo de tratamiento.

Siendo un hecho constatado empíricamente que la delincuencia juvenil, en un altísimo porcentaje, es de tipo ocasional y puramente transitoria, y, en consecuencia, no están necesitados de resocialización *strictu sensu*, puede concluirse con acierto que la efectividad y eficacia del «modelo de responsabilidad penal» del menor actualmente vigente en España está en entredicho.

Por lo que el objetivo final de la «prevención especial» tiene todavía un largo recorrido por delante, pues todavía no ha llegado aún el momento de la intervención, de las «medidas» y del «tratamiento»: es decir, de algo mejor que el Derecho penal. Y ello, contra el optimista *desideratum* de Radbruch<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Gustav RADBRUCH (Lübeck 1878 – Heidelberg 1950), jurista alemán y profesor de la Universidad de Heidelberg, ha sido uno de los más grandes penalistas y filósofos del Derecho del siglo XX. Discípulo de Franz Von Liszt, ha dejado un gran legado jurídico y filosófico. En su obra *Introducción a la Filosofía de Derecho* destaca el tema del «Derecho Supralegal», de cuyo contenido se desprende su famosa aportación al Derecho –en oposición al régimen nazi- conocida como «fórmula de Radbruch», que postula que el Derecho extremadamente injusto no es Derecho. Si una ley manifiesta un grado de injusticia extrema o flagrante, no puede considerarse verdadero Derecho, pues éste debe propiciar la verdadera justicia más que ninguna otra cosa. Su idea de derecho se fundamenta en una triple tríada: justicia, utilidad y seguridad. La teoría de Radbruch postula que, cuando la ley escrita sea incompatible con los principios de justicia sustancial, a un nivel intolerable, o cuando la ley estatutaria se encuentre explícitamente en abierta contradicción con el principio de igualdad que constituye el fundamento de toda justicia, el juez debe abstenerse de aplicar esa ley, por razones de justicia sustancial. Otra de sus aportaciones fue el concepto de ley injusta: aquella que entra en colisión con el principio de seguridad jurídica y la idea de justicia, que definió como aquella que se opone al Derecho natural que entendía como un derecho supralegal por encima del derecho positivo escrito, y que marca lo que es beneficioso para el hombre. Entendiendo la importancia que tiene la seguridad jurídica para el Derecho (el cumplimiento de la ley) más importante es que al final lo que se alcance sea justicia: «Debemos buscar la justicia, pero al mismo tiempo tener en cuenta la seguridad jurídica, puesto que ésta es una parte de la

## **5. Aspectos motivacionales y actitudinales en el menor infractor y su realidad social. La «curva de la edad».**

Aún cuando técnicamente el menor infractor es aquella persona cuya edad es inferior a los dieciocho años, que comete un ilícito penal, penalmente responsable según la LORRPM, a pesar de su definición resulta innegable concluir que los límites de la delincuencia juvenil son de difícil definición, al existir discrepancias entre su conceptualización legal y su entidad sociológica, en la que influyen numerosos aspectos motivacionales y actitudinales no fácilmente delimitables<sup>232</sup>.

Hoy no se discute si la amenaza del castigo tiene o no poder disuasorio en el infractor, sino cómo y porqué; si dicho impacto es superficial y duradero; cómo discurren los distintos procesos disuasorios según el tipo de delito y de autor; si cabe incrementar progresiva e ilimitadamente dicha capacidad disuasoria de la amenaza penal agravando el rigor del castigo, etc.

Está demostrado que la gravedad del castigo no es la variable decisiva en el proceso disuasorio sino la percepción subjetiva del infractor potencial de ser descubierto y detenido si delinque. Además, existen otras variables relevantes: el proceso de socialización del infractor, el grado de vinculación subjetiva del individuo a la norma; su experiencia penal subjetiva; la respuesta de los parientes y entorno del infractor ante la comisión del delito; la capacidad de redefinición de la conducta prohibida y el mayor o menor grado de tolerancia social hacia la misma, etc.

Llama la atención, en todo caso, la relevancia de la edad del infractor, ya que las tasas más elevadas de criminalidad juvenil se concentran en torno a una precisa franja – los dieciséis y diecisiete años–, descendiendo drásticamente aquéllas cuando dicha

---

justicia, y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga por igual, en la medida de lo posible, a ambas ideas». Vid. RADBRUCH, G.: *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. AZARETO DE VÁSQUES, M.I. (Trad.), Aveledo Perrot, Buenos Aires, 1962. Pág. 37 y 38. Cfr. MARTÍNEZ BRETONES, M.V.: *Gustav Radbruch. Vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 47, cap. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2003. Pág. 77 a 84.

<sup>232</sup> Cfr. MONTERO HERNÁNDEZ, T.: *Legislación Penal Juvenil Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, Madrid, 2011. Pág. 1(47) a 108.

franja es superada: es la denominada «curva de la edad», sin que importe la gravedad mayor o menor de la respuesta penal. Cuando se trata del menor infractor, para acometer de forma eficaz el hecho delictivo, de acuerdo con el rol activo y dinámico del delincuente, se hace necesario individualizar las diferentes causas según los distintos tipos delincuencia, y así poder organizar la «intervención» o «tratamiento» con el menor infractor, y diseñar los instrumentos de reeducación específicos.

No cabe duda que a lo largo de toda la trayectoria histórica de la legislación penal juvenil, la característica principal ha sido la falta de interés por las razones que han llevado al menor infractor a atentar contra los patrones morales y sociales impuestos por el grupo normativo en cada época. Como he analizado en las páginas anteriores, esto ha hecho depender la «intervención» con el delincuente juvenil de los efectos que los comportamientos infractores originaban respecto de la puesta en peligro de la defensa social, dejando a un lado la persona del infractor<sup>233</sup>. Se ha etiquetado de «tema menor» esta faceta del Derecho penal. Lo que denota una profunda insensibilidad –o, más bien, una dogmática penal mal entendida– respecto del «problema social» de la delincuencia juvenil.

Todo modelo legal de responsabilidad presupone la comprensión y conceptualización de la conducta irregular, pero el diagnóstico jurídico-formal de los delitos no se puede separar de la dimensión subjetiva de su autor, sus motivaciones, valores y actitudes al delinquir, pues difícilmente podremos captar el sentido total de la conducta. Sólo entendiendo y controlando este patrón de ofender, hará que pueda romperse la transición del delincuente adolescente en delincuente habitual<sup>234</sup>.

La conducta violenta, mayoritariamente, se aprende, no es innata, porque gran parte del aprendizaje es asociativo y simbólico, aún cuando está condicionada por elementos familiares y sociales, y la interacción continua de determinantes cognoscitivos, comportamentales y sociológicos. Así lo demuestran las distintas teorías de la criminalidad, que tratan de explicar el comportamiento criminal desde la

---

<sup>233</sup> Cfr. BENITO ALONSO, F: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», ob. cit. Pág. 3.

<sup>234</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 274.

perspectiva de distintos factores: psicobiológicos<sup>235</sup> y sociológicos<sup>236</sup>. Si bien, cada individuo aprende de manera distinta a los demás, ya que los estilos de aprendizaje, aunque son relativamente estables, pueden cambiar, ser diferentes en situaciones distintas.

De la interpretación de los antecedentes históricos de la legislación penal juvenil se advierte un detonante común: el control social y moral de la pobreza –de cuyo sistema forman parte los sistemas de administración de la justicia- que, junto con la delincuencia infantil y juvenil, la mendicidad y el abandono de menores, ha propiciado durante gran parte de su historia, y continúa propiciando aún en ocasiones, la desprotección en que viven y crecen muchos menores. Si bien, el mejoramiento de las condiciones de vida materiales y las políticas de bienestar han favorecido la aparición de nuevas formas de delincuencia, como resultado de los cambios culturales, técnicos, económicos y sociales. Y es que, la criminalidad y la delincuencia de menores no siempre es una manifestación patológica de la vida o de la sociedad, ni síntoma de desorganización social, pero sí es un fiel reflejo del proceso de transformación constante de la estructura social.

La metodología empírica, en los estudios sobre la delincuencia infantil y juvenil, concluye que no es tanto un problema individual del menor delincuente (hay casos que sí, pero en un menor porcentaje), como la expresión de los problemas de una colectividad. La criminalidad de jóvenes y menores –lo reconozca o no el mundo de los

---

<sup>235</sup> Los impulsores de las «teorías psicobiológicas» tratan de explicar el comportamiento criminal según distintos factores: factores endógenos del individuo, que predisponen al infractor para la comisión de actos antisociales y delictivos (LAMBROSO, matizado por la escuela positivista italiana, cuyos máximos exponentes son: FERRI y GAROFALO); factores de la personalidad o psicosomáticos que reconocen que, junto con las variantes genéticas que influyen en el comportamiento delictivo, ejercen una influencia decisiva los factores ambientales familiares, los cuales adquieren una enorme trascendencia en la infancia, hasta el punto de que una personalidad que desarrolla un carácter criminal puede quedar suavizada y neutralizada mediante un adecuado condicionamiento familiar (EYSENCK). Cfr. EYSENCK, H. J.; EYSENCK, M. W.: *Personalidad y diferencias individuales*, Ed. Pirámide, Madrid, 1987.

<sup>236</sup> Las «teorías sociológicas» contemplan el delito como fenómeno social, las cuales han sido abordadas desde distintos enfoques teóricos: por un lado, las «teorías de la socialización defectuosa» del individuo, bien como consecuencia de un aprendizaje defectuoso durante la infancia, bien por observación («teoría del aprendizaje vicario o social» de BANDURA), bien por asociación con grupos de referencia alternativos («teoría de las subculturas» de COHEN); por otro lado, las «teorías de la inestabilidad social», que consideran el delito como una consecuencia de la desorganización o falta de armonía social («teoría de la anomia», formulada por DURKHEIM y desarrollada por MERTON). Cfr. BANDURA, A.: *Teoría del aprendizaje social*. RIVIÈRE, A. (Trad.), Ed. Espasa Calpe, 3ª ed., Madrid, 1987. Pág. 10; BANDURA, A.; WALTERS, R.H.: *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, Ed. Alianza, Madrid, 1988. Pág. 11; ALBERT COHEN COHEN, A.K.: *Delinquent Boys. The culture of the Gang*, Free Press, Illionis, 1955. Pág. 1(26) a 198.

adultos- no deja de ser un buen reflejo de los valores oficiales y subterráneos de este último. En buena medida, los reinterpreta y traduce, porque el joven es un imitador que escenifica y repite lo que ve, lo que le enseñan, lo que aprende<sup>237</sup>.

El siglo XXI nos ofrece el nuevo fenómeno de las *nuevas tecnologías de la información y la comunicación*<sup>238</sup>, en cuyo marco la delincuencia juvenil a través de los *dispositivos electrónicos portátiles*<sup>239</sup> y en el ámbito de las TICs constituye un eslabón capital en el conjunto de un mecanismo complejo de control social.

Ahora bien, en este contexto de rápido desarrollo de las nuevas TICs, en que, entre otros factores, se constata la aparición y el progresivo desarrollo de un nuevo tipo de violencia *on line*, «todo cuanto concierne al grado de responsabilidad que deben asumir los menores que han cometido una infracción penal y a las posibilidades reales de su reeducación y reinserción social está inmerso, en la actualidad, en un proceso de

---

<sup>237</sup> Así ha sido definido el denominado «aprendizaje vicario o social», cuyo paradigma ha sido desarrollado por BANDURA. Este tipo de aprendizaje se basa, fundamentalmente, en la observación del otro, lo que hace y las consecuencias que tiene su comportamiento, especialmente de aquellas personas con las que el observador se identifica, sin necesidad de que el aprendizaje sea activo: es decir, experimentando personalmente las acciones. De esta forma se aprenden los valores y las normas sociales, la gestión de la propia conducta. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 254. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada». JIMÉNEZ BURILLO, F.; CLEMENTE DÍAZ, M. (Comp.), en *Revista de Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986. Pág. 209(214) a 228.

<sup>238</sup> Las Tecnologías de la Información y la Comunicación, a las que de ahora en adelante me referiré como TICs –unión de un ordenador personal o *lap top* y las comunicaciones- desataron una explosión sin precedentes en las formas de comunicarse al comienzo de los años 90. A partir de ahí, *Internet* pasó de ser un instrumento especializado de la comunidad científica a ser una red de fácil acceso y uso que ha modificado las pautas de interacción social. Se trata de un término dilatado, empleado para designar frecuentemente todo lo que guarda relación con la informática conectada a *Internet*, y especialmente el aspecto social de éste. Pues las nuevas TICs designan a la vez un conjunto de innovaciones tecnológicas pero también las herramientas que permiten una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad. De ahí que deba señalarse que las TICs son sólo medios, y nunca fines. Es decir, son herramientas y materiales de construcción que facilitan el aprendizaje, el desarrollo de habilidades y distintas formas de aprender, otros estilos y ritmos en la comunicación. Pero, precisamente por su creciente multimedialidad y la gran variedad de funciones, pueden comportar el riesgo de un uso dictado sobre todo por la mera exigencia de hacerse presentes, y considerar *Internet* solamente, y de manera errónea, como un espacio que deba ocuparse. «Las tecnologías de la información y la comunicación no son ninguna panacea ni fórmula mágica, pues pueden mejorar la vida de todos los habitantes del planeta. Se disponen de herramientas para llegar a los Objetivos de Desarrollo del milenio, de instrumentos que harán avanzar la causa de la libertad y la democracia, y de los medios necesarios para propagar los conocimientos y facilitar la comprensión mutua». Vid. ANNAN, K.: *Discurso inaugural de la I Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI)*, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, días 10-12 Diciembre\_2003.

<sup>239</sup> Las siglas PEDs se utilizan comúnmente para designar los Dispositivos Electrónicos Portátiles de fácil uso y acceso por cualquier usuario, ideados para facilitar el acceso a una gran variedad de sistemas informáticos y aplicaciones en un solo aparato. Por ej. un Ipad o una Tablet.

análisis profundo y de revisión de conceptos tanto dentro de nuestras fronteras como, sobre todo, en el seno de la Unión Europea»<sup>240</sup>.

La delincuencia *on line* es un elemento que configura no sólo necesidades específicas de actuación sino que hace que la realidad vaya muchas veces por delante de las previsiones del legislador. Esta nueva «realidad social» hace que nos replanteemos si el «riesgo de victimización» del menor es un riesgo igual y homogéneo en virtud de la edad –factor que modula su especial vulnerabilidad- como se ha entendido a lo largo de la historia, o si por el contrario ha de entenderse como un riesgo selectivo y diferencial según la concurrencia de diversos factores de tipo personal, social y situacional, entre los que deben incluirse los «nuevos factores de riesgo» asociados a las nuevas formas de violencia perpetradas a través de los PEDs como consecuencia de la inmersión en los contenidos que las tecnologías de la información y la comunicación proporcionan<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> Vid. PRADA PRESA, A.: «Hacia un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo», *Discurso inaugural I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de los Menores. Madrid, 12 y 13 de febrero de 2008*, Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, Vicepresidencia Segunda y Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008. El Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre la prevención de la delincuencia juvenil, sus modos de tratamiento y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, aconseja tender hacia una homogenización progresiva de los modelos y sistemas de prevención, protección, intervención y tratamiento del fenómeno de la delincuencia juvenil y de la justicia del menor, puesto que en todos los países de la Unión Europea se dan, en mayor o menor grado, fenómenos similares que demandan igualmente respuestas parecidas. Cfr. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen 2006/C 110/13, de 15 de marzo de 2006, sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea» cit. Art. 7.1.4.2.: *La sociedad de la información, los avances tecnológicos, la permeabilidad de las fronteras y otros factores análogos, juegan sin duda un papel importante en la generalización de los fenómenos a que se aludía en el apartado 7.1.1.* (Es oportuno citar aquí la importancia (...) en el uso de los chats, e-mail, blogs, teléfonos móviles, etc.), *sin que tampoco se deba desdeñar el simple «efecto contagio» de dichas conductas* (potenciado por la difusión de los acontecimientos en los medios de comunicación social), *cambios todos ellos extraordinariamente rápidos y ante los que los países europeos no pueden permanecer impasibles.*

<sup>241</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Principales centros de interés de la investigación criminológica», en *Studia Iuridica 100. Ad Honorem – 5. Separata de Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2011. Pág. 1279(1284-1285) a 1294; VIDAL HERRERO-VIOR, M.S.: «Factores de riesgo asociados a la delincuencia juvenil *on line*», en *Libro de Actas. VII Congreso (Inter)Nacional de Psicología Jurídica y Forense. Madrid, 14-16 de Febrero de 2013*. VV.AA. (Eds.), Ed. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, Santiago de Compostela, 2013. Pág. 35 y 36. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 118. «Aquel niño que rodeado de un ambiente de cariño y seguridad, con intereses y amigos correctos, y dedicado a actividades saludables en sus horas de ocio, tiene una pequeña probabilidad de que la televisión le provoque efectos no deseados». Cita extraída del primer estudio sobre la influencia de la televisión y el vídeo en la infancia (EEUU, 1958). En: GARCÍA FERNÁNDEZ, F.: *Las redes sociales en la vida de tus hijos*, Ed. Foro Generaciones Interactivas, Pamplona, 2010. Epílogo. Así concluye el autor su obra, apelando a la recapacitación de los adultos sobre los efectos que en los años 50 produjo en los más pequeños la televisión. Cambiemos el medio

Además, este tipo de delincuencia *on line* ha introducido en nuestro país un debate social y profesional de gran calado sobre los contenidos y el tipo de abordaje que precisa el menor autor de este tipo de delitos cometidos a través o como consecuencia de las TICs, tanto desde su perspectiva jurídica como en sus contenidos educativos.

## **6. Modelos de intervención con el menor infractor.**

### **6.1. Corrientes inspiradas en el principio de «prevención especial».**

La legislación penal juvenil actualmente aplicable en España se encuadra en un modelo de «responsabilidad penal» específica, que deja a un lado los dos modelos clásicos de intervención con el menor infractor, como el «tutelar» de naturaleza protectora o el modelo «educativo» que pretendía una respuesta de dicho tipo, a las infracciones penales cometidas por los menores<sup>242</sup>. Desde su nacimiento, ha explicado muchas de las dificultades que se habían planteado con anterioridad. También ha precisado de ajustes posteriores. Sin embargo, no logra alcanzar plenamente el objetivo de dar una respuesta social necesaria, quedando aspectos de suficiente relieve sin el tratamiento adecuado, tanto desde lo profesional, como desde la demanda social.

Desde el punto de vista profesional, puesto que el proceso penal del modelo constitucional es esencialmente cognoscitivo y se funda en el tratamiento racional de los datos inculpativos, en un ámbito de debate presidido por las reglas del discurso racional, del método controversial y dialógico, se deja a un lado la motivación del infractor y su actitud última ante el ilícito cometido, elemento del que debería depender el castigo a imponer al infractor con la finalidad de resocialización como fundamento del castigo<sup>243</sup>. Desde el punto de vista de la demanda social, a pesar de la función social

---

televisivo por las nuevas TICs, y encontraremos la respuesta al porqué las TICs constituyen en el siglo XXI un factor de riesgo asociado a las nuevas formas de violencia protagonizadas por los menores.

<sup>242</sup> Cfr. URBANO CASTRILLO, E.; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *La responsabilidad penal de los menores (Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007. Pág. 21.

<sup>243</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Razones para un proceso penal con menores». MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.): *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001. Pág. 1(15-16) a 280.

del castigo –partiendo de la perspectiva de la teoría jurídica de la pena- no logra hacer frente a las consecuencias sociales de la criminalidad juvenil. Y es que la defensa de la sociedad –especialmente en un tipo de delincuencia tendencial, como es la juvenil- exige que el Derecho se preocupe más del delincuente que del delito mismo para arbitrar una respuesta eficaz.

La idea de la «prevención especial» ha supuesto la fuente de inspiración de cuatro corrientes fundamentales –la escuela clásica, el correccionalismo, el positivismo criminal y el marxismo-, a su vez inspiradores de los diversos modelos de intervención con el infractor, que parten de una distinta «imagen» del delincuente.

La «Escuela clásica» del Derecho penal ve en el delincuente un ser racional y libre, cuyas garantías individuales hay que defender, pero del que hay que preservar a la sociedad. Entiende que el castigo a aplicar debe ser justo, proporcional y útil. Conceptos como la efectividad y la utilidad de la pena de breve cumplimiento (por influencia de Beccaria), y la necesidad de que la decisión judicial sobre la misma fuera rápida, fueron sus principios fundamentales, servidores de los principios de justicia retributiva, pero no de la «prevención especial». La Escuela clásica logra compatibilizar la protección de la sociedad frente al delincuente y el respeto de las garantías del infractor frente a la intervención punitiva del Estado, sustentado en un método abstracto formal, lógico y deductivo, al margen completamente del saber empírico.

El «correccionalismo», que surge en Alemania con Roeder como una de las tendencias que se formulan sobre la pena, entiende el delito como desarmonía entre la voluntad del sujeto, injustamente determinada, y el organismo social. En este contexto, el castigo se entiende como medio racional y necesario para lograr el restablecimiento del Derecho que sólo es posible ayudando al infractor y corrigiéndole para que se adapte a la sociedad. Su principal objetivo no era tanto la prevención de la comisión del delito como la mejora moral del infractor.

En España, los primeros que exponen la «corriente correccionalista» son los filósofos iusnaturalistas Giner de los Ríos y Calderón, si bien en el ámbito de la ciencia penal fueron sus más importantes exponentes García-Dorado Montero y Arenal Ponte.



El primero mantiene que el Derecho penal tradicional debe ser sustituido por un Derecho corrector, que proteja al criminal. Sólo de esta manera el Derecho penal abandonaría su función retributiva para cumplir una función de protección. Concepción Arenal ve en el delincuente un individuo débil, por lo que la pena se erige en un bien moral para él, capaz de lograr, no sólo la corrección, sino también la expiación, la intimidación y la afirmación de la justicia.

Como ya ha quedado expuesto, el «correccionalismo» influyó enormemente en el Derecho tutelar de menores, hasta la promulgación de la legislación penal juvenil actualmente vigente.

La «Escuela positiva italiana», opositora de los postulados de la Escuela clásica, postula el «positivismo criminal». Ve en el delincuente un hombre condicionado por factores biológicos y sociales, y, por tanto, carente de libertad, cualitativamente distinto del no delincuente. Sustituye la idea de la culpabilidad por la de peligrosidad, y la de libertad individual por la de responsabilidad social. Fundamenta el castigo en la necesidad de la conservación social y no en la utilidad de la pena, por lo que la pena deberá ceder ante las medidas de seguridad orientadas por el principio de «prevención especial». De lo abordado en el epígrafe anterior, puede concluirse fácilmente quienes fueron sus principales representantes: Lombroso, Garofalo y Ferri.

El marxismo y la «teoría del conflicto» propugnado por Marx y Engels, conciben al delincuente no como un ser libre, ni el delito como el resultado del ejercicio de su libertad, sino una manifestación aislada del individuo en pugna con el mundo capitalista, en el que se siente oprimido. El castigo sitúa al delincuente en su condición de esclavo de la justicia, pues es su actuar ilícito el que genera legislación en materia penal. El conflicto se contextualiza en la lucha de clases, y la lucha entre ellas decide el proceso de cambio estructural de una sociedad. En definitiva, el delincuente no es más que un enemigo social que, con su actuar ilícito, cuestiona la legitimidad del Estado para castigarle ya que el propio Estado capitalista es calificado como sistema criminal, pues entienden que el delito es la manifestación de la desmoralización y decadencia de la sociedad provocada por el capitalismo. Aspira a la superación del crimen y a la transformación de la sociedad que califica de criminógena, formulando la idea de una

humanidad en marcha hacia un mundo mejor –el comunista-, caracterizado por la superación final de la contradicción esencial de la desigualdad y la dominación social.

## 6.2. El modelo «tutelar».

Desde el punto de vista cronológico, se trata del primer modelo de justicia juvenil en el tratamiento del menor infractor distinto del de adultos, cuyo origen se encuentra en el Tribunal de Menores americano de Chicago de finales del siglo XIX, que se extendería a Europa a principios del siglo XX<sup>244</sup>. Hasta entonces el menor infractor había recibido el mismo tratamiento penal que el adulto que había delinquido. Con la creación de un modelo de Tribunal de Menores ya se separa completamente al menor infractor del adulto. La motivación fundamental en la creación de las jurisdicciones de menores respondía a la búsqueda de un mayor control de las capas de población juvenil asentadas en las áreas urbanas industrializadas<sup>245</sup>.

De signo paternalista y protector, parte de la «inimputabilidad» del menor infractor. El menor de edad se presenta ante la sociedad, no como sujeto de derechos sino como objetivo tuitivo del Estado, que le protege por considerar que necesita ser asistido. El «Juez» –que no era miembro de la carrera judicial- goza arbitrariamente de prerrogativas de intervención sobre el menor infractor trabajando su «peligrosidad» y no sobre el delito cometido, extendiéndose también a hechos no delictivos, siempre en base a la personal consideración de la necesidad de su reeducación. En cuanto a las medidas aplicables, de signo correccional-administrativo, tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, se adoptan, de forma breve y sin contradicción, decisiones *ad hoc* con finalidad reeducativa, de duración y contenido indeterminados, generalmente mediante la imposición de medidas correccionales de internamiento en reformatorio que aparte al menor infractor del entorno que le perjudica, sin tener en cuenta la gravedad del hecho como elemento determinante para la imposición de la medida. La decisión judicial no

---

<sup>244</sup> La creación del modelo de Tribunal de Menores donde el menor infractor queda separado totalmente del adulto tiene su origen en 1899 en Chicago (EE.UU.). A partir de ahí, en la práctica totalidad de los países europeos se creó un sistema nuevo de protección de la juventud: el primer país fue Noruega en 1896, después los Países Bajos en 1901, Inglaterra y Alemania en 1908, Francia y Bélgica en 1912 y España en 1918.

<sup>245</sup> Cfr. LA GRECA, G.: «Hacia una nueva justicia para menores». ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Trad.), en *Revista del Poder Judicial*, núm. 14, Madrid, 1985. En el mismo sentido: GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Epílogo», En: DE LEO, G.: *La justicia de menores en España*, Ed. Teide, 2ª ed., Barcelona, 1985.

se basa en la proporcionalidad entre el hecho y sus consecuencias sino en las personales circunstancias del menor infractor. En consecuencia, el objetivo de este modelo es tratar de evitar que el menor infractor llegue al sistema penal de adultos.

Las consecuencias de desprotección real del menor infractor, de ausencia de sus garantías individuales y la criminalización de la pobreza llegó tan lejos que acabaron generando una reacción en contra.

Con la creación y funcionamiento de los Tribunales Tutelares de menores se empieza a caer en la cuenta de aquello que señaló Barbero Santos, quien, por primera vez en la doctrina española, exigía que la fase tutelar o protectora en el tratamiento de la delincuencia juvenil cediera el paso a otro estadio en que la finalidad particularmente reeducativa del tratamiento o pena no obstaculice el pleno reconocimiento de las garantías individuales. Entendía que cada vez es mayor la convicción de que las medidas que se imponen a los menores, aunque pretendan un fin correccional o protector, se concretan, en último término, en un grave ataque a bienes jurídicos fundamentales, que solo es admisible si quien lo decreta es la autoridad judicial, y la imposición se realiza sin quebrantar las garantías procesales reconocidas para los adultos en la jurisdicción ordinaria<sup>246</sup>.

Se trata de un modelo de justicia juvenil inspirado en las teorías doctrinales del «correccionalismo» y el «positivismo criminológico», de pretensión «preventivo-especial», ausente de garantías procesales, en detrimento del principio de seguridad jurídica por la arbitrariedad del juez, no dando posibilidad a la participación de la víctima en el proceso, con la consecuencia de mantener la privación de libertad durante un período de tiempo que sería impensable de calificarse la misma consecuencia jurídica con lo que es en el fondo, una auténtica pena, aunque disfrazada del ideal reformador<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> Cfr. BARBERO SANTOS, M.: «Delincuencia juvenil: tratamiento», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1972. Pág. 643(661) a 669. Reimpreso en: VV.AA., *Delincuencia juvenil*, Universidad de Compostela, 1973. Pág. 141 a 185.

<sup>247</sup> Muy elocuente resulta la crítica al modelo tutelar del Magistrado del Tribunal Supremo ANDRÉS IBÁÑEZ, para quien la ausencia de garantías jurídicas en la justicia juvenil «el tenerlas en cuenta habría constituido un obstáculo para el buen desarrollo de esta particular terapia social». Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», ob. cit. Pág. 209-228.

El sistema tutelar considera al menor infractor como un enfermo social propio del «positivismo criminal», y toma del «pensamiento correccionalista» la utilidad de la norma penal de la que el Estado necesita echar mano para ayudar al menor infractor a recuperar su libertad perdida a consecuencia del ilícito cometido. Será el castigo a modo de medidas correctoras (no penas) lo que logre apartar al infractor, según sus circunstancias personales, de todos aquellos elementos que le lleven a delinquir (efecto negativo), o a restaurar en el infractor su voluntad viciosa (efecto positivo), obviando la proporcionalidad de la medida con el ilícito cometido.

### **6.3. El modelo «educativo».**

Este modelo de tinte permisivo y tolerante, de aplicación pionera por los Estados Unidos de América, Centro Europa y países nórdicos tras la Segunda Guerra Mundial, estuvo muy vinculado a la construcción del Estado de *Welfare* o Bienestar Social, basado en los períodos de expansión económica, ante el favorecimiento de las prestaciones sociales y el alto nivel económico y social de esos países. En Europa, el modelo tutelar entra en crisis, para dar entrada en los años 60 al modelo «educativo», a pesar del contexto de recesión económica existente a ese momento.

Defiende un modelo educativo integral como respuesta a la actividad delincuencia del menor de edad, ausente de toda judicialización y connotación sancionadora, sin desarraigarlo de su entorno, y desde ahí potenciar su «educación», evitando en lo posible que entre en contacto con el sistema penal, reservado para los casos más graves, y en los que no se hará distinción alguna respecto del régimen aplicable al adulto.

Este modelo permitió la creación de toda una estructura social de carácter mixto (público y privado) destinada a ocuparse del menor delincuente, de su «superior interés». Tanto la policía como el Ministerio Fiscal, cuando tienen conocimiento de la comisión de un delito por un menor de edad, no lo comunican al juez sino que remiten al menor a una institución incardinada en la Administración civil, que se encarga de tratar de solucionar el conflicto surgido con el menor infractor. Para tal fin, se crean

organismos asistenciales, con una muy alta participación de la comunidad y de los servicios de asistencia social<sup>248</sup>.

Hace hincapié en medidas no penales y programas de derivación de carácter educativo (imposición de recomendaciones, apoyo educativo y asistencia social), de corrección (amonestaciones, multas y arresto juvenil), y de tipo desjudicializador (a través de la *diversion*), en función de la edad del menor infractor, sus circunstancias y la entidad de la infracción cometida. Se utilizan técnicas de solución de conflictos extrajudiciales, como la conciliación del menor infractor con la víctima y la reparación del daño causado<sup>249</sup>.

La finalidad educativa de este modelo –el no intervenir «en interés del menor infractor»- pasa por la crítica severa al modelo penal, al que considera represivo y fracasado, pues acaba empleando instrumentos cada vez más graves sobre personas cada vez más jóvenes. Parte de la idea de que los actos delictivos del menor de edad son anómalos y pueden ser tolerados por la sociedad. La medida de internamiento se convierte en una medida de carácter excepcional, al considerar que el menor infractor tiene que ser tratado en su propio entorno, y sólo para los casos más graves será aplicable el internamiento, pero no porque haya existido una violación de la norma, sino para atender y cubrir una serie de necesidades de las que adolece el delincuente juvenil. Es en este punto donde podrían vulnerarse las garantías jurídicas del menor infractor.

En definitiva, se basa en la idea de Estado como guardián de la seguridad de la población más vulnerable –como son los menores de edad-, responsable de eliminar los focos de pobreza y de desprotección en el que pueda vivir el menor infractor. Por lo que el menor infractor no es el único punto de atención, sino también la familia de la que procede, ofreciéndole a él y su núcleo familiar la ayuda necesaria para apartar al

---

<sup>248</sup> En Holanda, Bélgica, Alemania, Escocia y Países Nórdicos se desarrollan alternativas fuera del sistema jurídico, a través de Organizaciones de carácter privado: asociaciones que se dedican al trabajo social con menores infractores, y que llevan a cabo la ejecución de esas medidas informales sin intervención alguna del poder público. Generalmente, es el menor infractor quien solicita esa ayuda asistencial, permaneciendo su identidad completamente en el anonimato.

<sup>249</sup> El modelo educativo ha puesto, en cierto modo, las bases del «modelo de mediación». Cfr. JUNGERTAS, J.: «La Justice des Mineurs hier et demain», *Jornadas sobre Educación y Control*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, Diciembre\_1987.

menor del ámbito delincucional. Y ello sin modificar o crear modelos curriculares para, en definitiva, atender a una población en circunstancias especiales.

En España, el modelo educativo no tiene repercusión alguna, aunque ya existen programas educativos concretos para menores en circunstancias especiales no normalizadas, pero dentro del sistema curricular educativo del país. Por ej. los PCPI. Este modelo «educativo» corre el riesgo de ir demasiado lejos, ante la excesiva libertad que se concede al menor infractor. De ahí que la intervención con el menor en España se ha basado en el modelo «tutelar» que contempla la LTTM de 1948, por herencia de la Ley de 1918.

#### **6.4. El modelo de «responsabilidad».**

El punto álgido de la crisis de efectividad en el tratamiento del menor infractor viene de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, vinculada a las corrientes neoliberales y de democracia formal de los años 70 y 80, a raíz de varias sentencias que supusieron los primeros ataques sistemáticos contra el modelo «tutelar» y «educativo».

Concretamente, la sentencia que resolvió el caso Gault en 1969<sup>250</sup>. Esta sentencia, que propició el reconocimiento del menor no sólo como objeto de protección

---

<sup>250</sup> «Mr. Justice BRENNAN delivered the opinion of the Court. Constitutional questions decided by this Court concerning the juvenile process have centered on the adjudicatory stage at 'which a determination is made as to [397 U.S. 358, 359] whether a juvenile is a 'delinquent' as a result of alleged misconduct on his part, with the consequence that he may be committed to a state institution.' In re Gault, 387 U.S. 1, 13, 1436 (1967). Gault decided that, although the Fourteenth Amendment does not require that the hearing at this stage conform with all the requirements of a criminal trial or even of the usual administrative proceeding, the Due Process Clause does require application during the adjudicatory hearing of "the essentials of due process and fair treatment." Id., at 30, 87 S.Ct. at 1445. This case presents the single, narrow question whether proof beyond a reasonable doubt is among the 'essentials of due process and fair treatment' required during the adjudicatory stage when a juvenile is charged with an act which would constitute a crime if committed by an adult. Section 712 of the New York Family Court Act defines a juvenile delinquent as 'a person over seven and less than sixteen years of age who does any act which, if done by an adult, would constitute a crime.' During a 1967 adjudicatory hearing, conducted pursuant to 742 of the Act, a judge in New York Family Court [397 U.S. 358, 360] found that appellant, then a 12-year-old boy, had entered a locker and stolen \$112 from a woman's pocketbook. The petition which charged appellant with delinquency alleged that his act, 'if done by an adult, would constitute the crime or crimes of Larceny.' The judge acknowledged that the proof might not establish guilt beyond a reasonable doubt, but rejected appellant's contention that such proof was required by the Fourteenth Amendment. The judge relied instead on 744(b) of the New York Family Court Act which provides that '(a)ny determination at the conclusion of (an adjudicatory) hearing that a (juvenile) did an act or acts

sino también como sujeto de derechos, supuso un hito para tratar de apuntalar los derechos individuales y garantías procesales de los menores<sup>251</sup>. A esta doctrina se la ha denominado «teoría de la equivalencia», en cuanto que el proceso al que se somete al menor infractor debe ser considerado como un proceso esencialmente penal, y por tanto, debe respetar las garantías procesales fundamentales. A esta conclusión llegó tomando el concepto material de pena, señalando que las «medidas judiciales» que se imponen al menor infractor mediante «sentencing»<sup>252</sup>, tienen la consideración de pena a estos efectos, pues se imponen por el juez de menores como consecuencia de la comisión de un delito o falta tipificado en el CP o en las leyes penales especiales, siendo la imposición de la medida la consecuencia jurídica que se deriva de la comisión de un ilícito penal. A estos efectos, la «medida» encierra el mismo sentido aflictivo que la

---

*must be based on a preponderance of the evidence.*<sup>2</sup> During a subsequent dispositional hearing, appellant was ordered placed in a training school for an initial period of 18 months, subject to annual extensions of his commitment until his 18th birthday-six years in appellant's case. The Appellate Division of the New York Supreme Court, First Judicial Department, affirmed without opinion, 30 A.D.2d 781, 291 N. Y.S.2d 1005 (1968). The New York Court of Appeals then affirmed by a four- to-three vote, expressly sustaining the constitutionality of 744(b), 24 N.Y.2d 196, 299 N.Y.S.2d 414, 247 N.W.2d 253 (1969).<sup>3</sup> [397 U.S. 358, 361] We noted probable jurisdiction 396 U.S. 885 (1969). We reverse». Vid. UNITED STATES SUPREME COURT: Case Gault v. United States (In Re Winship 397 U.S. 358, 1970). Disponible en Internet: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/397/397.US.358.778.html>. Esencialmente la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que el menor que comete un hecho que sería delictivo si hubiere sido cometido por un adulto, todos los elementos del delito deberán ser probados, más allá de que exista una duda razonable.

<sup>251</sup> Algunos autores, como la Prof. JUNGHER-TAS ya fallecida, han visto en este reconocimiento del menor como sujeto de derechos, la consagración de la responsabilidad penal del menor, que pasará a un primer plano ante la gravedad de los hechos por él cometidos, y a quien se impondrá una pena. Para otros autores como GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER y GONZÁLEZ ZORRILLA, entienden la responsabilidad del menor infractor sin abandonar el principio educativo que debe presidir el Derecho de menores infractores; de hecho, el modelo tutelar sancionaba y reprimía duramente en ocasiones, pero ostentando el Juez plena libertad y arbitrariedad para sancionar. De ahí que ambos autores postulen que el punto de partida del «modelo de responsabilidad» deba ser el principio educativo «Educar en la responsabilidad». Consideran que el núcleo central de la discusión no esté en el reconocimiento al menor infractor de los mismos derechos y garantías que a los adultos cuando se ven incurso en un procedimiento penal, sino en el tipo de respuesta que se da a la comisión de un delito por el menor infractor. Cfr. JUNGHER-TAS, J.: «La Justice des Mineurs Hier et Demain», ob. cit.; GIMÉNEZ-SALINAS, E.; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Jóvenes y cuestión penal en España», ob. cit. Pág. 19.

<sup>252</sup> Sobre el sistema de «sentencing»: Cfr. FENELL, S. A.; HALL, W. N.: «Due process at sentencing: an empirical and legal analysis of the disclosure of presentence reports in federal courts», en *The Harvard Law Review Association*, vol. 93, núm. 8, Boston, Junio 1980. Pág. 1613-1697. Disponible en Internet: <http://www.jstor.org/stable/1340619>. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 33-34. Este modelo se introduce en España en 1990, cuando la Convención sobre los Derechos del Niño el 30 de noviembre de 1990. Con fundamento en esta Convención, nuestro Alto Tribunal Constitucional señala en su sentencia 36/91, de 14 de febrero, que «interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan», puntualizando que «no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos». Vid. STC núm. 36/1991, cit. FJ 6.

pena, pues tanto el proceso de menores como el proceso de adultos persiguen la misma finalidad: determinar la comisión del ilícito penal y garantizar las libertades individuales del acusado. Siendo, por tanto, equivalentes ambos procesos.

Otras célebres sentencias consolidaron la misma línea jurisprudencial del Caso Gault<sup>253</sup>. Por un lado, como crítica a los modelos «tutelar» y «educativo», en los que pone menor énfasis, y al mismo tiempo, un acercamiento a los planteamientos de la justicia penal de adultos, aunque orientada a una finalidad educativa, con un importante número de medidas no penales dirigidas a esos fines. Y ello como consecuencia del aumento de la delincuencia juvenil propiciado, en parte, por los momentos de crisis económica que se viven. Este modelo fue amparado por los Estados miembros, con la pretensión de combinar lo educativo y lo judicial.

Su honda expansiva llegó hasta Europa, orientando los cambios legislativos en esa dirección, sobre todo mediante su incorporación en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>254</sup>, tomando como punto central el «interés superior del menor»<sup>255</sup>, que exige tener en cuenta el delito cometido, como atender a los factores psicosociales que han incidido en la comisión del delito y que modularán la «responsabilidad» del menor. En esta dualidad se encuentra la consideración, tanto de que el menor infractor se encuentra en proceso de integración social aún incompleto por su corta edad, como la consideración de que la sociedad tiene algo que decir en ese acto delictivo. Aquí se tenemos la esencia de la «responsabilidad social» por los delitos de los menores, a la que se refiere Silva Sánchez<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> Cfr. UNITED STATES SUPREME COURT: Case Gault v. United States (397 U. S. 358, 1969), cit.; Case Kent v. United States (383 U. S. 541, 1966); Case McKeiver v. Pennsylvania (403 U.S. 528, 1971); Case Breed v. Jones (421 U.S. 519, 1975). Citadas en: ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R.: *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 33.

<sup>254</sup> Cfr. CDN, cit. Art. 37 y 40.

<sup>255</sup> Cfr. «Reglas de Beijing», cit. Regla 7.

<sup>256</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, 3ª ed., Buenos Aires, 2011. Pág. 1(60) a 326. Citado por: BERNUZ BENEITEZ, M. J.: «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-12 (2005). Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>. Pag. 1(5) a 23.



Se trata de conjugar lo educativo y lo judicial, aplicando un modelo garantista y unas «medidas» de contenido educativo centradas en el menor infractor, con la pretensión de lograr su integración en la sociedad, realizando funciones de «prevención especial positiva». Pero dejando al margen otras aspiraciones del Derecho y la justicia como la de apaciguar la alarma social que produce la comisión de un delito –máxime tratándose de un menor de edad-, la de legitimar el propio sistema legislativo o judicial, o disuadir a un público potencial de cometer una infracción penal<sup>257</sup>. Obviando la naturaleza penal del proceso de menores, cuando es verdadero Derecho penal<sup>258</sup>.

En esencia, el modelo de «responsabilidad» del menor infractor establece que jóvenes y adolescentes sí son responsables penalmente de los delitos o faltas que hayan cometido. Reconocer esta «responsabilidad penal» significa, en definitiva, aceptar que son autores de los hechos delictivos que cometen, que tienen capacidad de motivación por la norma y, por consiguiente, de asumir sus propios actos. Consecuentemente, conlleva el reconocimiento de la aplicación del *ius puniendi* del Estado, si bien de forma específica y distinta al adulto, dada la condición de menor de edad del sujeto al que se aplica. Esto se justifica concluyendo que el menor infractor, por encontrarse en una etapa de transición del mundo de la niñez al mundo adulto, necesita una respuesta penal claramente diferenciada respecto al régimen penal propio de los adultos, pero penal: una respuesta penal que le ofrezca, además, no sólo la posibilidad de reparar el daño causado sino también una oportunidad a la reinserción<sup>259</sup>.

Las características de este nuevo modelo de «responsabilidad», denominado también modelo de «justicia», serían las siguientes: 1. Un mayor acercamiento del menor infractor a la justicia penal adulta. 2. Refuerzo de la responsabilidad y de la posición legal del menor, mediante el establecimiento de una edad de responsabilidad penal. 3. Limitar al mínimo indispensable la intervención de la justicia mediante el

---

<sup>257</sup> Cfr. BERNUZ BENEITEZ, M. J.: «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», ob. cit. Pág. 5.

<sup>258</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar», ob. cit. Pág. 31; «La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador» en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XV, Madrid, 1993. Pág. 345 y ss.

<sup>259</sup> Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R.: *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 33; SANZ HERMIDA, A. M.: *El nuevo proceso penal del menor*. GIMENO SENDRA, V. (Pról.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002. Pág. 1(48) a 350.

diseño de un sistema de justicia adaptado al menor infractor como consecuencia de su menor edad. 4. La existencia de una amplia gama de «medidas» no penales como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos. Y, en consecuencia, reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad, que quedarán reservadas para casos excepcionales. 5. Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima de la sociedad. 6. Conservar para el menor infractor los principios educativos que en «teoría» han presidido las legislaciones juveniles (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor). 7. Una mayor especialización de los operadores jurídicos intervinientes en la justicia penal<sup>260</sup>.

En opinión de Cuello Contreras, resulta peligroso proceder así, lo que hasta cierto punto es legítimo, pues no debe atenderse sólo a la justificación del fin de la defensa social –aunque válido–, sino también a la justificación del medio para conseguirlo, y a ese sometimiento al proceso penal, antes de detenerse a comprobar si es tuitiva o culpabilista, hay que reconocerle su carácter estigmatizante que es, precisamente, lo que le hace perder eficacia (reincidencia) y legitimidad (por obstrucción de la finalidad educativa)<sup>261</sup>.

Durante la realización del trabajo de campo al que me referiré en el Cap. IV de este estudio se ha constatado que es muy alto el índice de reincidencia de los menores infractores condenados mediante sentencia judicial, y, en consecuencia han sido sometidos al proceso judicial, que aquellos menores infractores que, reconocida la comisión del ilícito penal, han sido derivados a una reparación extrajudicial<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS, E.; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Jóvenes y cuestión penal en España», ob. cit. Pág. 19.

<sup>261</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 5.

<sup>262</sup> Me remito al Departamento de Expediente Único de la Agencia de Reeducción y Reinserción del Menor Infractor dependiente de la Consejería de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, Organismo Autónomo a quien corresponde el seguimiento de la ejecución y cumplimiento de lo acordado por los Jueces Menores para los menores infractores sometidos a reparación extrajudicial o sobre los que pesa el cumplimiento de una medida judicial acordada en sentencia condenatoria. Cfr. Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (BOCM, de 14 de diciembre de 2004); Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 83, de 7 de abril; BOE núm. 183, de 2 de agosto).

El modelo que sigue la LORRPM se asemeja al modelo teórico de «responsabilidad», aunque es específico de dicho cuerpo normativo en cuanto integra una doble naturaleza –como puede leerse en la Exposición de Motivos- sancionadora-educativa, pero sobre la base de un proceso penal con todas las garantías constitucionales, y la aplicación de un Derecho material o sustantivo, que no es otro que la legislación penal –Código penal y demás leyes penales especiales-<sup>263</sup>. Bajo la pretensión de procurar la reinserción y reeducación (objetivos generales, previstos en el art. 25 CE), desjudicializando en lo posible el tratamiento de la infracción y, en su caso, tratando de proporcionar respuestas adecuadas al menor infractor y al ilícito cometido, que no son exclusiva ni fundamentalmente represivas proporcionadas a la gravedad del hecho criminal<sup>264</sup>. Por lo que participa de los principios «preventivo-especiales».

Ahora bien, por mucho que se module la responsabilidad penal del menor y la naturaleza de la reacción social contra el hecho delictivo, ambas se aplican por el delito cometido, con lo que resulta evidente que el denominado efecto estigmatizante «autor de delito» contamina todo lo que se haga con el menor<sup>265</sup>. Por lo que se mezclan los clásicos conceptos de «Derecho penal del hecho» con el de «Derecho penal de autor»<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> Cfr. URBANO CASTRILLO, E.; ROSA DE LA CORTINA, J. M.: *La responsabilidad penal de los menores*, ob. cit. Pág. 25 y 26. En relación con: LORRPM, cit. EM, II.

<sup>264</sup> Cfr. URBANO CASTRILLO, E.; ROSA DE LA CORTINA, J. M.: *La responsabilidad penal de los menores*, ob. cit. Pág. 26. Cfr. CE, cit. Art. 25: 2. *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.*

<sup>265</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001. Pág. 30; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 269; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», ob. cit. Pág. 224.

<sup>266</sup> CE, cit. Art. 25: 1. *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta... según la legislación vigente en aquel momento.* A este respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma expresa a favor del «Derecho penal del hecho». Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 239 a 256 y 533. El autor remite a la STC núm. 150/1991 (Pleno), de 4 de julio [RTC 1991/150]. Sentencias relacionadas, por citar las más recientes: STS (Sala Segunda, Sección 1ª) núm. 51/2009, de 27 de enero [RJ 2009/1390]; STS (Sala Segunda) núm. 1177/2003, de 12 de septiembre [RJ 2003/6456]; STS (Sala Segunda) núm. 241/2003, de 11 de febrero [RJ 2003/2811]. Sin embargo, «el «Derecho penal de autor», que ya fue definido por ROXIN como aquel que existe «cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asociabilidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal». Concepto éste de profunda raigambre positivista-criminológica, para el que la personalidad del autor constituye un componente típico de la acción reprobada jurídicamente. Vid. ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.*

El modelo de justicia juvenil español, recomendado por el Consejo de Europa, se ha concretado en unas pautas bien determinadas, con la pretensión de dar una respuesta penal al menor infractor «imputable de acuerdo con su responsabilidad» en la comisión del hecho delictivo, atendiendo a sus circunstancias personales, familiares, sociales, etc. Otorgando una mayor atención a las víctimas. Si bien, va a exigir la especialización de todos los operadores jurídicos intervinientes en el proceso penal de menores<sup>267</sup>.

### 6.5. El modelo de las «4 D».

Este modelo, de procedencia norteamericana, se asienta sobre cuatro pilares que, en inglés, comienzan por la letra «D»: *descriminalization*, *deinstitutionalization*, *due process* y *diversion*. Su objetivo primordial es que el Derecho penal sólo intervenga en los casos más graves. Su naturaleza va a ser de «prevención general positiva» o integradora: es decir, razonar que el castigo, aún cuando pudiera ejercer una función de conminación negativa, coacción psicológica para inhibir ciertas conductas, cumple otras funciones primordiales: la ejemplaridad, el afianzamiento de las convicciones jurídicas de la comunidad, la afirmación positiva del Derecho basado en la convicción y no en el miedo al castigo, el fomento de la actitud de respeto al Derecho, el mantenimiento de la vigencia social de la norma, la estabilización de las expectativas normativas, el restablecimiento de la confianza en el sistema y la obtención del consenso social y sus variables funcionales.

La «despenalización» o *descriminalization* implica una reducción en el campo de la justicia penal de menores. Sólo se puede llevar a cabo en el ámbito de las

---

LUZÓN PEÑA, D. M.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M.; DE VICENTE REMESAL, J. (Trad.), Ed. Civitas, 2ª Ed., Madrid, 1999. Pág. 176. El Derecho penal de autor es incompatible con las exigencias de igualdad, seguridad y certeza que reclama el Estado de Derecho. El intento de tipificar personalidades desvinculadas de hechos ni es viable ni sería deseable. Este modelo, además, como la experiencia ha demostrado, se presta a toda suerte de abusos políticos». Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 532-538. Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «La ley de responsabilidad penal de los menores: cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso», en *Curso sobre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000. Pág. 3.

<sup>267</sup> Cfr. CONSEJO DE EUROPA: Recomendación R(87)20, de 17 de septiembre, cit. Dicha Recomendación europea fue el resultado del documento elaborado por un Comité de expertos en mayo de 1987.

conductas que se consideran punibles en el menor infractor. Se podrían articular dos vías: una subjetiva, elevando la edad penal. Si bien, la cuestión de la edad responde a meras razones de política-criminal. Y otra vía objetiva, mediante la eliminación de aquellas conductas delictivas que, bien son infracciones leves, bien el menor infractor no alcanza a comprender su verdadera gravedad, bien no son adecuadas para el proceso moral del menor.

La «desjudicialización» o *desinstitutionalization* conlleva evitar que el menor infractor pase al sistema de justicia penal, para lo cual se utilizan distintos mecanismos: por un lado, la no intervención con el menor infractor cuando se trate de conductas delictivas puntuales y que no revistan gravedad, y por otro lado, el desistimiento del proceso al considerar que el menor infractor puede recibir una respuesta constructiva en su entorno familiar o escolar.

El «proceso justo» o *due process*, es decir, que el menor infractor que entre en la maquinaria judicial penal goce de unos derechos y garantías básicas.

Y en cuanto a la «desinstitucionalización» o *diversion*, mediante el empleo de «medidas» alternativas –que no penas- al internamiento privativo de libertad, tales como las amonestaciones, las prestaciones en beneficio de la comunidad o la libertad vigilada.

Este modelo se diferencia del modelo de «responsabilidad» de justicia juvenil en que se restringe el campo de las infracciones penales cuando han sido cometidas por un menor de edad. Es decir, la diferencia radica en la nota de la «descriminalización», asumiendo que la intervención del *ius puniendi* del Estado deberá tomar en consideración, por un lado, la cuestión de la edad del menor infractor, y por otro lado, el impacto de su conducta antisocial, tanto en la víctima, como en el menor infractor, como en la sociedad en su conjunto.

## 6.6. El modelo «integrador»<sup>268</sup>.

En algunos países de nuestro entorno ya se contempla este modelo «integrador», también en relación a la justicia de adultos, en este último punto más que discutible por la puesta en peligro del carácter público del *ius puniendi*. En España se constriñe al campo de los menores infractores.

El modelo «integrador» surge formalmente como un sistema de justicia alternativo al retributivo. Parte de la doctrina prefiere referirse a la justicia negociada como medio eficaz de resolución de conflictos. Al entender el delito como un «conflicto» entre el infractor y la víctima, se perfila como el medio de restablecimiento de la relación infractor-víctima mediante la reparación del daño causado, sobre la base del principio de oportunidad<sup>269</sup>.

Opera en el seno del proceso penal –intrasistémico, es decir, dentro del propio proceso-, y no como alternativa al mismo. Se trata de un modelo foráneo, de una arrolladora fuerza expansiva, hasta el punto de poner en tela de juicio el carácter público del *ius puniendi* del Estado, minando los grandes principios del sistema acusatorio penal (principio de contradicción, principio de publicidad, principio de igualdad de armas para las partes, principio de legalidad y principio de seguridad jurídica), así como las garantías fundamentales del individuo que el propio proceso le procura<sup>270</sup>.

Se entiende que los daños que se producen afectan no solo a la víctima, sino también al propio menor infractor y a la comunidad en su conjunto. De ahí que su objetivo sea el restablecimiento de la paz social y la reparación del daño producido. Exige la participación de todos los implicados en el daño causado: el infractor, la víctima y la comunidad en su conjunto.

---

<sup>268</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 689 a 723.

<sup>269</sup> El principio de oportunidad en el Derecho penal español está perfectamente perfilado, pudiendo definirse como la «facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado». Vid. GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal. Proceso penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993. Pág. 56; «Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», en *Justicia Penal: Revista del Poder Judicial*, núm. especial II, Madrid, 1988. Pág. 31(34) a 49. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 67-68 y 755-756.

<sup>270</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 71-75.

Reviste tres modalidades: por un lado y de carácter doble, la «conciliación» entre el infractor y la víctima, que consiste en una satisfacción de tipo psicológico-moral que el infractor realiza con la víctima, reconociendo la ofensa producida y el mal causado. Y por otro lado, la «reparación» del daño causado, que a su vez puede ser: «directa», si la reparación se realiza directamente a la víctima, o «simbólica», si se realiza a la comunidad en su conjunto. Quien ostenta el papel clave en la intervención reparadora es el mediador entre el infractor y la víctima.

En la LORRPM ha encontrado su espacio, de importante aplicación, por entender que se trata de un medio de resolución de conflictos altamente educativo y resocializador<sup>271</sup>. Se regula en el art. 19, modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que introduce la llamada justicia restaurativa, permitiendo el sobreseimiento del expediente al haberse producido la conciliación o la reparación entre el menor infractor y la víctima<sup>272</sup>.

Para ello, el menor infractor, en presencia del Equipo Técnico que realiza la función de mediador, debe reconocer el daño causado a la víctima, pedir disculpas ante ella y que la propia víctima las acepte, y la asunción del compromiso por parte del

---

<sup>271</sup> LORRPM, cit. EM, II, 9: *Conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución; 13: Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.*

<sup>272</sup> LORRPM, cit. Art. 19.

menor infractor de realizar determinadas acciones en beneficio de la propia víctima o de la comunidad en su conjunto, seguido de su efectiva realización. Y ello con independencia de lo que acuerden menor infractor y víctima en relación a la responsabilidad civil. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación, el Ministerio Fiscal da por concluida la instrucción y solicita del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones<sup>273</sup>.

Igualmente, en fase de ejecución de medida judicial impuesta al menor infractor mediante sentencia firme. El art. 51.3 de la LORRPM permite «la conciliación del menor infractor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19», pudiendo el Juez dejar sin efecto la medida impuesta si entiende que la definitiva solución del conflicto mediante conciliación y el tiempo de medida ya cumplido, son suficientes para que el menor haya recibido el debido reproche como consecuencia del ilícito cometido<sup>274</sup>. Por lo que deja abierta la denominada *reformatio in peius*. Debe entenderse que este precepto no autoriza en ningún caso para agravar la medida judicial impuesta al menor infractor en sentencia, por lo que sólo cabe su reducción o sustitución, en virtud del principio acusatorio. De lo contrario iría en contra de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aún cuando fuera beneficioso «en interés legal del menor». Al fin y al cabo, este principio jurídico pasa porque se respeten todos los derechos y garantías del menor.

Si bien es cierto que el interés público se supedita a los intereses de la víctima, sin embargo, este sistema de justicia negociada acredita una efectividad estadística muy significativa, pues el proceso penal que se inicia no llega a juicio por haber alcanzado un acuerdo las partes: el menor infractor asume su culpabilidad por la acción delictiva cometida, y la víctima obtiene la satisfacción de la reparación del daño causado por el menor infractor.

---

<sup>273</sup> El juez de menores, en cumplimiento de las funciones que le concede el art. 19.4 de la LORRPM debe controlar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder o no a la pretensión. Si el menor no cumple la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente de reforma incoado al menor infractor. Cfr. AUDIENCIA PROVINCIAL: AAP Madrid núm. 31/2002 (Sección 4ª), de 10 de mayo [EDJ 2002/136024]. FJ 3: *El Ministerio fiscal sea la única parte en el procedimiento de menores que puede ejercitar la pretensión acusatoria, no conlleva que el órgano judicial venga obligado necesariamente a proceder sin más al sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación, pues el órgano judicial en el cumplimiento de las funciones que expresamente establece el art. 19.4 debe controlar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder o no a la pretensión.*

<sup>274</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 51.3.



## Capítulo III

### **LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

#### **III. CONTEXTO JURÍDICO-POSITIVO DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD QUE INSTAURA LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.**

##### **7. Marco normativo aplicable en España en materia de responsabilidad penal del menor infractor.**

###### **7.1. Normativa internacional y comunitaria.**

La LORRPM, eje de la legislación penal del menor infractor, indica en su EM que la promulgación de la «Ley del Menor» era una «necesidad impuesta» por distintas vías: el Derecho internacional en materia de menores, «con particular atención» a la Convención de los Derechos del Niño de 1989; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto la fundamentación jurídica de las sentencias 36/1991 y 60/1995; y la Ley 4/1992, de 5 de julio con la obligatoriedad que supone el art. 19 del CP de 1995, precepto éste inspirado en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992<sup>275</sup>. A las que debe añadirse el superior interés del menor, así como el respeto de las garantías procesales que prevé nuestro ordenamiento constitucional.

---

<sup>275</sup> LO 8/2006, cit. DF 2ª: *La presente ley orgánica entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» con excepción de su disposición final primera, que lo hará el día siguiente al de dicha publicación.* Es decir, en vigor el 5 de febrero de 2007. La aplicación ocasional del derogado art. 4 de la LORRPM durante ese período de *vacatio legis* ha sido muy discutido, tanto por la Fiscalía General del Estado, como por el Consejo General de la Abogacía, como por la propia Audiencia Provincial de Madrid en sus Acuerdos de la Junta de Magistrados de Unificación de Criterios (Secciones penales) de 21 de diciembre de 2006 y 12 de enero de 2007. Y ello habida cuenta que el mero cotejo de las fechas apuntadas pone de manifiesto la naturaleza del conflicto interpretativo. El debate fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo, apostando por los argumentos esgrimidos por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, que se estima que «dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma», ya que el precepto

De ahí que el «modelo de responsabilidad penal» del menor de edad que instaura la LORRPM comprenda un marco normativo jurídico expreso al que alude su art. 1, en aras –en la teoría- a la protección y defensa de que debe gozar el menor infractor por su condición de menor de edad: «Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España»<sup>276</sup>.

En consecuencia, en materia de Derecho penal juvenil debe procederse con especial observancia del nivel constitucional, normas internacionales incluídas.

En el ámbito internacional, tal y como señala la LORRPM, además de la CDN de 1989<sup>277</sup>, regirán todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

Ya desde 1955, la Organización de Naciones Unidas organiza un Congreso quinquenal sobre la prevención de la delincuencia y el tratamiento de los delincuentes, y en cuyo orden del día ha estado siempre el problema de la delincuencia juvenil y su prevención<sup>278</sup>. Con el Sexto Congreso, celebrado en Caracas (Venezuela) en 1980, se

---

nunca ha estado en vigor por voluntad manifiesta del legislador, y entender lo contrario sería un fraude de ley prohibido por el art. 6.4 del CC; de ahí que el Ministerio Público se opondrá en todo caso a la aplicación del art. 4 de la LORRPM. Cfr. TRIBUNAL SUPREMO: STS núm. 502/2007 (Sala Segunda), de 4 de junio [LA LEY 51955/2007], FJ 2; STS núm. 508/2007 (Sala Segunda), de 13 de junio [LA LEY 51961/2007], FJ 1. Doctrina reiterada en STS núm. 745/2008 (Sala Segunda), de 25 de noviembre [LA LEY 189408/2008], FJ 1; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del art. 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Contrario al criterio resuelto por el TS: cfr. CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA: Circular 5/2007; en la misma línea autores como: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: «La reforma de la Ley Penal del Menor por la LO 8/2006», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, Ed. Junta de Castilla y León, Valladolid, Mayo\_2008. Pág. 1(21 a 25) a 35. Disponible en Internet: [http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/\\_/1213607855547/Redaccion](http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1213607855547/Redaccion). DOLZ LAGO, M. J.: *Comentarios a la legislación penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007. Pág. 44 y ss.

<sup>276</sup> Cfr. LORRPM, cit. EM, I. 1, 2 y 5.

<sup>277</sup> Vid. CDN, cit. Art. 1.3. Cfr. LORRPM, cit. Art. 1.2.

<sup>278</sup> Desde 1955 hasta nuestros días son 12 los Congresos organizados por Naciones Unidas sobre la prevención de la delincuencia y el tratamiento de los delincuentes: Ginebra (1955), Londres (1960),

abrió un debate de suma importancia sobre la prevención de la delincuencia y la calidad de vida, entre otros motivos por su insistencia en que se adoptaran compromisos más vinculantes para tratar el problema de la delincuencia juvenil. Surgiendo así la decisión de plasmarlo en recomendaciones, con la pretensión de influenciar a los órganos legislativos, no sólo de las Naciones Unidas, sino también a los gobiernos nacionales y locales<sup>279</sup>. En concreto: las «Reglas de Beijing» de 1985, la Recomendaciones del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 1987, y sobre los derechos de los niños de 1990, las «Reglas de Tokio» de 1990<sup>280</sup>, las Directrices de Riad de 1990, las «Reglas de La Habana» de 1990<sup>281</sup>, la CEDN de 1992 y las Reglas europeas para menores sujetos a sanciones o medidas de 2008.

El art. 10.2 de nuestra Carta Magna establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»<sup>282</sup>.

En consecuencia, en materia de responsabilidad penal del menor infractor deben ser tomadas en consideración: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>283</sup>, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

---

Estocolmo (1965), Kyoto (1970), Ginebra (1975), Caracas (1980), Milán (1985), La Habana (1990), El Cairo (1995), Viena (2000), Bangkok (2005) y Salvador de Bahía (2010).

<sup>279</sup> Cfr. *Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Caracas (Venezuela), 25 august – 5 september 1980*, United Nations, A/CONF.87/14/Rev.1, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° E 81.IV.4, New York, 1981. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Resolución 4, Elaboración de normas mínimas de justicia de menores, recomendación a): *El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, recomienda que: a) Se pida al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que elabore reglas mínimas uniformes para la administración de la justicia de menores y la atención a los menores que puedan servir de modelo a los Estados miembros.*

<sup>280</sup> Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, sobre Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad, de la Asamblea General («Reglas de Tokio»). Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>.

<sup>281</sup> Resolución 45/113, de 14 diciembre 1990, para la protección de los menores privados de libertad, de la Asamblea General («Reglas de La Habana»). Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>.

<sup>282</sup> CE, cit. Art. 10.2.

<sup>283</sup> DUDH, cit. Art. 10: *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.* Y art. 11: *1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.* Las Declaraciones no son tratados – instrumentos jurídicamente vinculantes-, y en consecuencia no son ratificados por ningún país, pero sí

Libertades Fundamentales de 1950<sup>284</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>285</sup>, la Resolución sobre delincuencia juvenil y transformación social de 1978<sup>286</sup>, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992<sup>287</sup>, y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal de 1997<sup>288</sup>.

Sin ser directamente aplicables en España, por no haber pasado el trámite de la ratificación, pero de gran trascendencia para nuestro ordenamiento jurídico, pues expresan una doctrina generalmente aceptada en la comunidad internacional en el ámbito del Derecho penal juvenil: las «Reglas de Beijing» de 1985, la Recomendación europea sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 1987, las «Reglas de Tokio» de 1990 a través de su «cláusula de salvaguardia» recogida en su art. 4<sup>289</sup>, las «Directrices de Riad» de 1990, las «Reglas de La Habana» de 1990, y la Recomendación europea sobre reglas europeas para menores sujetos a sanciones o medidas de 2008. A esta normativa internacional se le ha denominado de «derecho blando», por no ser directamente vinculantes para los organismos locales, nacionales e internacionales. Sin embargo, su importancia no es sólo de índole moral, ya que «estas Directrices deben interpretarse en el marco de todos los instrumentos de Naciones Unidas y de las normas relativas a los derechos, intereses y el bienestar de los menores y jóvenes, y aplicarse en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada uno de los Estados miembros»<sup>290</sup>.

---

manifiestos con intención moral y ética. La DUDH ha inspirado todos los tratados internacionales que sí son vinculantes para los Estados.

<sup>284</sup> CEPDHLF, cit. Ratificado por España el 10 de octubre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

<sup>285</sup> PIDCP, cit. Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

<sup>286</sup> Resolución 78(62), cit.

<sup>287</sup> CEDN, cit. Art. 8.1: *Se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de dieciocho años. A efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente.*

<sup>288</sup> Anexo de la Resolución 1997/30, de 21 de julio de 1997, sobre el niño en el sistema de la justicia penal, cit.

<sup>289</sup> «Reglas de Tokio», cit. Art. 4: *Ninguna de las disposiciones en las presentes Reglas será interpretada de modo que excluya la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ni de ningún otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional que guarden relación con el tratamiento del delincuente y con la protección de sus derechos humanos fundamentales.*

<sup>290</sup> «Directrices de Riad», cit. Art. 7. En conexión con la CDN, cit. Art. 42: *Los Estados miembros tomarán medidas concretas para difundir ampliamente los principios y disposiciones de la Convención tanto a los adultos como a los niños, utilizando medios adecuados.*

La normativa internacional y comunitaria regula una responsabilidad del menor infractor eminentemente penal, proporcionando normas concretas y detalladas para el desarrollo de un sistema de justicia juvenil diferente y diferenciado del de adultos<sup>291</sup>. Ordena la determinación de una edad mínima, por debajo de la cual existe una presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad penal absoluta para infringir las leyes penales<sup>292</sup>, así como el diseño de un procedimiento que deba instarse al menor de edad con todas las garantías, para exigirle responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo, respetando plenamente sus derechos humanos fundamentales y las garantías procesales<sup>293</sup>. Aún cuando «siempre que sea adecuado y deseable», cabría el tratamiento del menor infractor sin recurrir a un procedimiento propiamente judicial<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> CDN, cit. Art. 40: 1. *Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.* 3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes;* PIDCP, cit. Art. 10: 2. b) *Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.* 3. *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. De hecho, en ningún precepto se habla de una responsabilidad que pueda no ser penal.* En el ámbito comunitario: CEPDHLF, cit. Art. 5: 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:* d) *Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a Derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.* Cfr. STEDH, Caso Bouamar. En conexión con la STC núm. 36/1991 (Pleno), cit. FJ 9. La diferencia sustancial entre el proceso penal de menores y el de adultos es fundamento objetivo más que suficiente de la diferencia procesal entre ambos procesos.

<sup>292</sup> CDN, cit. Art. 40: 3. *Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover (...) en particular:* a) *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;* «Reglas de Beijing», cit. Art. 2.2: a) *Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;* art. 4.1: *En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.* En el ámbito comunitario: CEDN, cit. Núm. 8 párrafo 1: *Se entenderá por niño todos ser humano hasta la edad de dieciocho años, salvo que éste, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. A efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente.*

<sup>293</sup> CDN, cit. Art. 40: 2. a) *Habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados parte garantizarán, en particular:* b) *Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:* i) *Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;* ii) *Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;* iii) *Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor*

En cuanto a las recomendaciones del Consejo de Europa, que se realizan en virtud del art. 15 del Estatuto, no siendo vinculantes para los Estados, son de gran importancia, pues inspiran y orientan la legislación propia así como la actuación de los

---

*adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. «Reglas de Beijing», cit. Art. 7: 1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior. Cfr. DUDH, cit. Art. 11; PIDCP, cit. Art. 10: 2.b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. Art. 14: (...) toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. En el ámbito comunitario: CEPDHLF, cit. Art. 6: 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia; Resolución A3-0172/92, de 8 de julio, cit. Núm. 8 23: Todo niño tiene derecho a la seguridad jurídica. Los niños presuntos autores de un delito tiene derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento regular, incluyendo el derecho a gozar de una asistencia jurídica especial y adecuada para la presentación de su defensa. En el caso de que el niño sea declarado culpable de un delito, así evitará que sea privado de su libertad, o recluso en una institución penitenciaria para adultos. En este supuesto, se facilitará al niño un tratamiento adecuado -llevado a cabo por personal especializado-, al objeto de su reeducación y posterior reinserción social. Cfr. STC núm. 36/1991 (Pleno), cit. FJ 9.*

<sup>294</sup> CDN, cit. Art. 40: 3. b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. Cfr. STC núm. 36/1991 (Pleno), cit. FJ 7.

poderes públicos<sup>295</sup>. En concreto: la Resolución 78 sobre delincuencia juvenil y transformación social de 1978, traza unas directrices de política penal aplicable al menor infractor que ya cumple condena, destacando la prevalencia del tratamiento educativo y social sobre los efectos negativos de la prisión, y encaminadas a desarrollar métodos alternativos de tratamiento del menor infractor distintos a la privación de libertad<sup>296</sup>; la Recomendación 87 sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 1987, alienta el desarrollo de procedimientos no judicializados, a fin de evitar al menor infractor la asunción de su responsabilidad pasando por el sistema de justicia penal<sup>297</sup>.

## 7.2. Normativa nacional.

En el ámbito nacional, el marco general de regulación legal a cuyo amparo se regula la responsabilidad penal del menor infractor comprende: la CE de 1978, el CP de 1995, la LOPJM de 1996, la LORRPM como norma básica procesal, y su Reglamento de ejecución<sup>298</sup>, la LECrim de aplicación supletoria<sup>299</sup>, el CC, la Ley de Enjuiciamiento

---

<sup>295</sup> Estatuto del Consejo de Europa (núm. 001), Londres, 5 de mayo de 1949. Ratificado por España mediante Instrumento de Adhesión de 24 de noviembre de 1977. (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1978). Art. 15: a) *El Comité de Ministros examinará, por recomendación de la Asamblea Consultiva o por iniciativa propia, las medidas adecuadas para realizar la finalidad del Consejo de Europa, incluida la conclusión de convenios y de acuerdos y la adopción por los Gobiernos de una política común respecto a determinados asuntos. Sus conclusiones serán comunicadas a los Miembros por el Secretario general.* b) *Las conclusiones del Comité de Ministros podrán, si hubiere lugar a ello, revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos. El Comité podrá invitar a éstos a poner en su conocimiento las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones.*

<sup>296</sup> Resolución 78(62), cit.

<sup>297</sup> Recomendación R 87(20), cit. Secc. 2ª: *Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello.* Sirva de ejemplo los Estados Unidos, en que la Policía tiene facultades de amonestación a los menores infractores, sin iniciar un procedimiento penal.

<sup>298</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aprobado mediante Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (BOE núm. 209, de 30 de agosto). Al que de ahora en adelante me referiré como RLORRPM.

<sup>299</sup> LORRPM, cit. DF 1: *Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.* Cfr. LECrim, cit. Art. 504 en conexión con el art. 28 de la LORRPM, en relación a la prórroga de la prisión provisional cuando esta medida cautelar fuera recurrida; Art. 239 en conexión con el art. 39 de la LORRPM, en relación al pronunciamiento sobre costas procesales.

Civil complementaria de la LOPJM<sup>300</sup>, y las leyes autonómicas aprobadas en materia de protección y ejecución<sup>301</sup>.

Sin ánimo de redundar en lo ya tratado en el Cap. I en relación a nuestra Carta Magna de 1978 (apartado 3.3) y al CP de 1995 (apartado 3.4.2), es la propia LORRPM la que en su art. 1.2 establece que «Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España».

Como ya se ha señalado en el Cap. I, es a mediados de los años 80 cuando se empieza a perfilar el tratamiento jurídico del menor de edad en su doble vertiente: protectora del menor en peligro y correctora del menor infractor de la ley penal.

#### **7.2.1. Marco jurídico vigente de protección del menor en peligro.**

Como ya se ha visto, desde 1948 la legislación del menor se dividía en dos grandes ramas pero asumidas por la misma normativa: la rama protectora y la rama correctora, reguladas por el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, así como el Reglamento para su ejecución, y el Estatuto de la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares.

La LTTM de 1948 convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativo-jurisdiccionales, formados en ocasiones por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministro de Justicia y dependientes del Consejo

---

<sup>300</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero); texto adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE núm. 245, de 11 de octubre); con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 56, de 6 de marzo). A la que de ahora en adelante me referiré como LEC.

<sup>301</sup> Cfr. URBANO CASTRILLO, E.; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *La responsabilidad penal de los menores (Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*, cit. Pág. 27 y 28. Los autores recogen el elenco de toda la normativa autonómica en las págs. 30 y 31.



Superior de Protección de Menores, también dependiente del Ministerio de Justicia<sup>302</sup>. Hasta que en 1976 se posibilitó el acceso a los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal a los Tribunales Tutelares de Menores, admitiendo la compatibilidad de sus funciones con las propias de la jurisdicción de menores<sup>303</sup>. El aspecto vocacional era fundamental para desempeñar una función tutelar y paternal, existiendo una diferencia esencial entre la actuación de un Juez o Magistrado ordinario y uno de menores. A diferencia del Juez ordinario, cuya labor finaliza con la sentencia, y, en su caso, las incidencias que surjan durante la ejecución, por el contrario, en el Tribunal Tutelar de Menores es con el fallo de apertura de tutela cuando comienza la actuación más característica de este Tribunal<sup>304</sup>.

En 1985 y a través de la LOPJ llega la reforma de la planta judicial española, creándose los juzgados de menores dentro de la jurisdicción ordinaria con potestad

---

<sup>302</sup> Decreto de 11 de junio de 1948, cit. Derogado por: LOPJM, cit. DD Única: *Queda derogado el Decreto de 2 de julio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Protección Jurídica de los Menores y cuantas normas se opongan a la presente ley*. Con carácter previo fue objeto de modificaciones: Decreto 1480/1968, de 11 de julio, por el que se modifican determinados artículos del Texto Refundido de la legislación sobre protección de menores, aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948 (BOE núm. 166, de 11 de julio); Decreto 3457/1969, de 19 de diciembre, por el que se modifica el Estatuto de la Unión Nacional de Tribunales de Menores (BOE núm. 28, de 2 de febrero). Art. 5: 2. *Como miembros honorarios, el ministro de Justicia, el Presidente efectivo y el Vicepresidente primero del Consejo Superior de Protección de Menores, el Presidente, Vicepresidente y Vocales del Tribunal de Apelación y de la Sección de Tribunales Tutelares del Consejo Superior, así como los Presidentes de los Tribunales Tutelares que hubieren cesado por razón de la edad*. El Estatuto de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores tenía por objeto establecer vínculos de unión entre los distintos Tribunales Tutelares de Menores en pro del interés por toda cuestión relativa a la misión confiada en materia de protección y reforma encomendadas a esa jurisdicción.

<sup>303</sup> Decreto 414/1976, de 26 de febrero, por el que se modifican determinados art. de los Decretos de 11 de junio y 2 de julio de 1948 (BOE núm. 60, de 10 de marzo).

<sup>304</sup> Cfr. VIVES VILLAMAZARES, F.: «Los Tribunales Tutelares de Menores y las Magistraturas Tutelares de Menores», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1013, Madrid, Febrero\_1975. Pág. 1(14-15) a 16. Así lo explica el propio autor: «Es de advertir que los expedientes en que se acuerda la libertad vigilada o el internamiento de los menores, lejos de permanecer inactivos, continúan en constante movimiento, pues, frecuentemente, vuelven a juicio para adoptar nuevos acuerdos, bien sea porque el menor en libertad vigilada cometió nuevas faltas que obliguen a internarlo; porque el internado mereció la libertad vigilada; porque se de fin al tratamiento con la libertad definitiva; porque se traslade al menor a otro Establecimiento o se le cambie el Delegado, o por otros mil motivos que en la práctica inducen a ocuparse nuevamente de cada expediente y de cada menor. Todas las anteriores consideraciones expuestas y referentes a la facultad reformadora, son igualmente aplicables a la facultad protectora: una imposición de vigilancia que puede conducir a la suspensión del derecho de guarda y educación; por el contrario, informe de los Delegados favorable al alzamiento de tal suspensión por haber rectificado los padres su conducta; necesidad de internamiento del menor; conveniencia de colocarlo en familia, medida más eficaz en algunos casos que el internamiento. Es decir, los expedientes siguen abiertos, motivando cambios fundados o determinando por fin su cierre. Claro es que hay expedientes en que no se acuerda la apertura de tutela y muchos otros en que llega el momento que se cierran, lo que no impide su reapertura ante un nuevo hecho, si el menor no ha cumplido los dieciséis años. (...) Porque la tutela es seguir al niño paso a paso e informarse del proceso de su extravío y enterarse del curso de su reforma o protección, hasta el extremo de que bien podríamos decir, sin temor a equivocación, que la tutela es el propio Tribunal para niños y que el Tribunal que no la ejerce no ha sabido posesionarse de su misión». Pág. 15.

jurisdiccional, dejando de ser una jurisdicción especial pero con preferencia por la especialización, correspondiéndoles las funciones propias que establezcan las leyes para con los menores<sup>305</sup>. Por lo que los jueces de menores eran efectivamente Jueces, con las características propias de los órganos jurisdiccionales de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley.

En 1987, con la modificación del CC y la LEC en materia de adopción, repunta la tendencia a sacar del ámbito jurídico al menor en situación de peligro, permitiendo la intervención inmediata del Ministerio público al tiempo en que se detecta una situación de desprotección del menor de edad. La protección del menor en situación de desamparo se encomienda al Ministerio Fiscal, defensor y garante de los derechos del menor de edad, al Juez civil y a los servicios sociales.

La LDPJ de 1988 determina definitivamente la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores<sup>306</sup>. La competencia atribuida es la correspondiente al art. 15 la LTTM: es decir, protectora y de reforma, hasta que fue declarado por el Tribunal

---

<sup>305</sup> LOPJ, cit. Art. 97: *Corresponde a los Jueces de menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes.* Aprobándose el Reglamento para la especialización como Juez de menores por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de junio de 1987. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 329.1 y 3 de la LOPJ: *1. Los concursos para la provisión de los Juzgados se resolverán a favor de quienes, ostentando la categoría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón. 3. Los concursos para la provisión de los Juzgados de Menores se resolverán a favor de quienes, ostentando la categoría de magistrado y acreditando la correspondiente especialización en materia de menores en la Escuela Judicial, tengan mejor puesto en el escalafón. En su defecto, se cubrirán por magistrados que hayan prestado al menos tres años de servicio, dentro de los cinco anteriores a la fecha de la convocatoria, en la jurisdicción de menores. A falta de éstos se cubrirán por el orden de antigüedad establecido en el apartado 1.* Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España», en *Estudios Jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1998. Pág. 539(540) a 567; VIVES ANTÓN, T. S.: «Constitución y Derecho penal de menores», en *Poder Judicial*, núm. 21, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991. Pág. 93 a 106; VILAR BADÍA, R.: «La legislación penal de menores y su inaplazable reforma», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 40, ed. Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1990. Pág. 175-194; CANTARERO BANDRÉS, R.: «Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 3, t. XXXIX, fasc. I, secc. Legislativa, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1985. Pág. 1(113-118) a 379.

<sup>306</sup> LDPJ, cit. Art. 19: *1. La planta del Juzgado Central de Menores y de los Juzgados de Menores es la establecida en el Anexo XI de esta ley. 2. El Juzgado Central de Menores y los Juzgados de Menores deberán ser servidos por Magistrados. 3. La provisión del Juzgado Central de Menores y de los Juzgados de Menores se hace mediante concurso, que se resuelve a favor de quienes acrediten la especialización correspondiente en la Escuela Judicial y tengan mejor puesto en el escalafón y, en su defecto, a favor de los Magistrados con mejor puesto en el escalafón.* Redactado por el aptdo. 3 del art. 4 de la Ley 7/2000, de 22 de diciembre, cit., en relación con los delitos de terrorismo. Cfr. STC 36/1991, cit. FJ 2.

Constitucional contrario a la CE, mediante la célebre sentencia ya referida 36/1991, de 14 de febrero. Los jueces y tribunales de menores quedan privados de toda base procedimental para el ejercicio de sus funciones, tanto protectora como correctora. Y que dio lugar a la promulgación de la LRCPJM de 1992, inicialmente concebido como un proyecto de reforma urgente de la LTTM de 1948.

Finalmente, en 1996 se aprueba la LOPJM, poniendo fin de forma definitiva a la legislación de 1948 en materia de protección de menores. Inspirada en la CDN de 1989 de Naciones Unidas, parte del principio de que la mejor forma de proteger al menor de edad, tanto social como jurídicamente, es promover su autonomía y su protagonismo jurídico. Lo que destila cierta democratización de las relaciones entre adulto y menor de edad. Reconoce los derechos del menor en desequilibrio con las facultades y deberes reconocidos a sus padres y tutores en el CC. Promueve la intervención inmediata de los poderes públicos cuando el menor se encuentre en situación de riesgo o desamparo, con el objetivo prioritario de preservar el superior interés del menor y la defensa de sus derechos, lo que demuestra cierta desconfianza hacia los padres y tutores del menor<sup>307</sup>.

En consecuencia, la protección del menor de edad pasa a ser una competencia de la Administración pública, aún cuando dicha intervención deba llevarse a cabo siempre y en todo caso en coordinación con la autoridad competente y el conocimiento de los representantes legales del menor, bajo el control tanto del Ministerio Fiscal como del Juez de familia<sup>308</sup>. No obstante, «el deber de protección no sólo es un deber administrativo, sino también un deber de todos los ciudadanos. Estos, con las demás autoridades, deben no sólo asistir inmediatamente al menor en situación de riesgo o de desamparo, sino también comunicar las informaciones necesarias a la Administración competente para facilitar su intervención»<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> LOPJM, cit. Art. 2: *En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores, sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.* En conexión con los art. 11 «Principios rectores de la acción administrativa» y 14 «Atención inmediata» que precise el menor, del mismo cuerpo legal.

<sup>308</sup> El Juez de familia es el órgano competente para adoptar las medidas preventivas del art. 158 CC, así como para resolver los conflictos que puedan surgir por las decisiones administrativas.

<sup>309</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I.: *Menores infractores y sistema penal*, Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, 2010. Pág. 1(42) a 227. Cfr. VIANA BALLESTER, C.: «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», ob. cit. Pág. 152.

### **7.2.2. Génesis de la elaboración de la «Ley del Menor» vigente.**

La legislación sancionadora juvenil también parte, por tanto, de la LTTM de 1948 en su rama correctora. Con la promulgación de la CE en 1978, y el impulso de la transformación del Estado y su ordenamiento jurídico, al amparo de unos principios como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, se asientan las bases de ese conjunto de libertades y derechos fundamentales del individuo anteriores al propio Estado, con base en la DUDH de 1948 y el CEDH de 1950.

La CDN de 1989, tratado de protección a la infancia, ha sido determinante para la configuración definitiva de la justicia juvenil, pues pone a los operadores jurídicos en contacto con la normativa internacional en materia sancionadora. Estas normas, como se ha visto a lo largo de este estudio, son: las «Reglas de Beijing» de 1985, para la protección de menores privados de libertad, y las «Directrices de Riad» de 1990, para la prevención de la delincuencia juvenil.

Entretanto, y a la luz de las directrices supranacionales y de la CE, la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1984, de 25 de junio, reconoce la necesidad de innovar la legislación y la política criminal de los Tribunales de Justicia.

Si bien, la legislación sancionadora juvenil ha corrido el grave riesgo de introducir al menor de edad en la parafernalia del mundo judicial –el de las «togas negras», como señala el Prof. García-Pablos de Molina-, que reconoce la LOPJ de 1985, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectivo del menor infractor, separándose la función correctora de la función reformadora de la justicia juvenil. Cauce del que es difícil salir conforme al criterio criminalizador del que parte la misma, y la práctica demuestra que no se trata al menor infractor de una manera muy diferente a como se trata a la persona adulta que delinque<sup>310</sup>. De ahí que el reto para los profesionales de la jurisdicción del menor infractor esté en hacer que la justicia juvenil sea distinta de forma efectiva y eficaz a la justicia penal que se aplica a los adultos.

---

<sup>310</sup> Cfr. CDN, cit. Art. 40.3.b) ya abordado, que recomienda no acudir a procedimientos judiciales siempre que sea apropiado y no deseable, ya que se limita la reparación extrajudicial; LORCPJM, cit. Art. 32.2.

El marco que la «Ley del Menor» sigue pidiendo tras trece años de aplicación es un ámbito verdaderamente educativo y social, con lecturas, propuestas y experiencias prácticas, pues a día de hoy es pura aplicación de control social.

#### **7.2.2.1. Cuestiones de inconstitucionalidad. La doctrina del Tribunal Constitucional.**

La remisión a la LTTM de 1948 implicaba, por un lado, la vulneración del principio de jurisdiccionalidad penal, pues sus normas eran de naturaleza muy heterogénea, y permitían intervenir a tales tribunales no sólo ante la comisión de hechos delictivos protagonizados por el menor de dieciséis años, sino también en aquellos casos en que el menor era víctima de un delito cometido por un adulto, y cuando los progenitores de un menor requerían la intervención del tribunal ante las dificultades para ejercer su patria potestad, tales órganos jurisdiccionales podían aplicar medidas penales, civiles y asistenciales –según el caso- dentro de unos límites máximos.

Las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon sobre la totalidad de la legislación penal de justicia juvenil hasta entonces vigente, no fueron admisibles por el Alto Tribunal Constitucional, dando la razón a la Abogacía del Estado y a la Fiscalía General del Estado, quienes entendían que «la cuestión de inconstitucionalidad no es una institución procesal que permita impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un mecanismo de control concreto, para resolver las dudas que suscite la constitucionalidad de una Ley, de cuya validez dependa el fallo que, en un proceso concreto, se ha de dictar (...). No es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución»<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> Vid. STC 36/1991 (Pleno), cit. FJ 2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que el requisito fundamental para plantear una cuestión de inconstitucionalidad es el llamado «juicio de relevancia»: esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada. Cfr. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre). Texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; y 1/2000, de 7 de enero; y con expresión particularizada de las reformas conforme a las leyes orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, y 1/2010, de 19 de febrero. Al que de ahora en adelante me referiré como LOTC. Art. 35.2: *El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y*

Sí, en cambio, el Alto Tribunal entendió que tales cuestiones de inconstitucionalidad se circunscriben a la inconstitucionalidad de los art. 15, 16, 18 y 23 de la LTTM<sup>312</sup>. Tales preceptos conciben un método sancionador del menor infractor más propio del modelo positivista y correccional, que prescinde de un proceso penal para corregir al menor infractor, y, en consecuencia, de toda garantía procesal, pues considera al menor infractor como irresponsable del ilícito penal cometido. Entendiendo que el menor infractor no puede ser objeto de sanción penal, por lo que no se le puede someter a un proceso penal. Sin embargo, sí se le somete a un proceso – aunque no judicial- lo que motiva, principalmente, el planteamiento de tales cuestiones de inconstitucionalidad, pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico español un mecanismo procedimental que castigue al menor infractor al margen del Derecho penal.

Nuestro Alto Tribunal no discute la naturaleza verdaderamente penal de la LTTM, sino del procedimiento que se sigue contra el menor infractor, una vez que ha infringido la ley mediante la comisión de un hecho delictivo tipificado en el CP o en sus leyes especiales.

Cuando el Tribunal Constitucional concluyó en su STC 36/1991, de 14 de febrero, que la asignación de funciones al Juez de Menores, tanto de instrucción como decisorias o asistenciales, suponía la vulneración del principio constitucional de

---

*deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.* Precepto redactado por el núm. 9 del art. único de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LOTC. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1001/88; en relación a los art. 29, 68 y 69 del Reglamento para la ejecución de la LTTM de 1948; 669/1990; 291/1990 y 2151/1990: ambas en relación a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal del menor infractor.

<sup>312</sup> LTTM de 1948, cit. Art. 15: *Las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse. Las decisiones de estos Tribunales tomarán el nombre de acuerdos, y la designación del lugar, día y hora en que han de celebrarse sus sesiones será hecha por el Presidente del respectivo Tribunal. Los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales.*

imparcialidad judicial, fue tal circunstancia la que motivó la atribución de naturaleza penal a la LTTM de 1948<sup>313</sup>. Ello implicaba que el hecho delictivo cometido por el menor infractor llevaría aparejada una medida de naturaleza penal, descartando así la intervención civil y asistencial<sup>314</sup>. Por lo que en España nacía el Derecho penal de menores *stricto sensu*, pues el Derecho aplicado al menor infractor era de naturaleza eminentemente penal<sup>315</sup>.

El Tribunal Constitucional entendió que la menor edad de los sujetos implicados y el principio de protección del menor son los dos principios que deben modular el proceso penal de menores, pero en todo caso debe tener la consideración de proceso penal; debiendo observarse todas las garantías constitucionales que necesariamente han de respetarse en dicho proceso penal, respecto de lo que sucede en el proceso penal de adultos, y que el Alto Tribunal vino a reconocer con la sentencia núm. 36/1991, de 14 de febrero.

En consecuencia, con la doctrina del Tribunal Constitucional, el art. 15 de la LTTM viola de plano el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 de la CE, así como el principio de igualdad del art. 14 de la CE. Si bien, la duda que plantea el art. 15 apunta más a su contradicción con el art. 24 de la CE, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías constitucionales. No cabe duda que resulta afectado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial; el mero hecho de que la decisión adoptada por el Juez de menores en relación al menor infractor se llame Acuerdo –y no sentencia–, no siendo una actuación propiamente judicial, evidencia la concepción del proceso al que se somete el menor infractor, completamente ajeno a la

---

<sup>313</sup> STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero, cit. FJ 6. En conexión con la CDN, cit. Art. 40.

<sup>314</sup> Crítica demoledora a la sentencia del Tribunal Constitucional a que me acabo de referir: cfr. VIVES ANTÓN, T. S.: «Sobre la dignidad del sistema jurídico», en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 1, Septiembre 2011-Febrero 2012. Pág. 59-74; «Constitución y Derecho penal de menores», en *Poder Judicial*, núm. 21, 1991. Pág. 93-106.

<sup>315</sup> «En concepto inexistente hasta entonces entre nosotros y de más que dudosa eficacia en los países que lo pusieron de moda (los anglosajones) vino a sustituir al régimen de la LTTM, un régimen legal paternalista, autoritario y clerical, claramente superado y absorbido por la labor desarrollada a través de las CC.AA. en el ámbito donde fueron ubicados estos menores, el del bienestar social, que viene funcionando bastante bien, sin necesidad del Derecho penal de menores». Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 20. Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Jóvenes y cuestión penal en España», en *Revista Jueces para la Democracia*, ob. cit. Pág. 17-26; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Jóvenes, desviación y reacción social: hacia un nuevo derecho penal de menores», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 11, Madrid, 1984. Pág. 43; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: *Delincuencia juvenil y control social*, ob. cit. Pág. 75.

legislación procesal; se trata de un procedimiento sancionador de carácter penal sin tener naturaleza judicial, no existiendo esa doble posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico español; las medidas sancionadoras a imponer al menor infractor no se adoptan en ejercicio del *ius puniendi*, por lo que su finalidad no es retributiva; al tratarse de un proceso penal –pero no judicial- no garantiza el respeto de los derechos fundamentales del menor infractor que enuncia el art. 24 de la CE, «derechos cuyo disfrute requiere normalmente la *interpositio legis*»<sup>316</sup>.

En relación al art. 16 de la LTTM, al ser un precepto sumamente genérico en la descripción de las conductas que pueden dar lugar al sometimiento del menor infractor a un sistema de medidas concreto, el Tribunal Constitucional entiende que este precepto viola de plano no sólo el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE, sino también el principio de legalidad del art. 25 de la Carta Magna en cuanto que implica también la vulneración del principio de tipicidad<sup>317</sup>. Así como conlleva el reconocimiento implícito de una flexibilidad y discrecionalidad del Juez de Menores, tanto en la apreciación de la conducta ilícita del menor infractor como de su gravedad. Sin embargo, la imposición de la medida judicial debe observar siempre y en todo caso la sujeción a los límites de la proporcionalidad, entre la conducta ilícita y la imposición de la medida<sup>318</sup>.

Si se adoptan medidas sancionadoras respecto del menor infractor es porque el menor ha llevado a cabo conductas penalmente tipificadas y castigadas, por lo que, no

---

<sup>316</sup> Vid. STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero, cit. FJ 6. Sin embargo, debe señalarse que, en el ámbito internacional, la CDN «no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este género, en el que en todo caso se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales». Cfr. CDN, cit. Art. 40.3.b).

<sup>317</sup> LTTM, cit. Art. 16: *Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados de hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas Leyes especiales.*

<sup>318</sup> «Reglas de Beijing», cit. Regla 6: 1. (...) *las diversas necesidades de los menores, así como de la diversidad de medidas imponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de las facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los diferentes niveles de la Administración de Justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.* La resolución que dicte el Juez de Menores deberá ajustarse a la Regla 17.1.



porque se trata de un menor de edad, deben negársele todos los derechos y garantías procesales que protegen el sometimiento al proceso y la imposición de la medida.

No obstante, y en relación al art. 16, este precepto no fue declarado inconstitucional sino, sencillamente, la necesidad de una reforma legislativa en materia de justicia juvenil.

En cuanto al art. 18 de la LTTM, al establecer un límite absoluto a la duración máxima de la medida a imponer al menor infractor (alcanzar la mayoría de edad civil), no le hace inconstitucional, siendo congruente con el art. 25 de la CE. No choca en ningún momento con el principio de legalidad (congruente en cuanto a la naturaleza de la finalidad tutelar de las medidas, así como la finalidad reformadora que con ellas se persigue), pues alcanzada la mayoría de edad cesa la acción tutelar<sup>319</sup>.

Tampoco el art. 23 de la LTTM, que prevé la discrecionalidad del Juez de Menores para modificar los acuerdos, con el límite de un agravamiento de los mismos si no es mediante nuevo procedimiento. Y ello porque, al fin y al cabo, las medidas carecen de una finalidad retributiva de conductas ilícitas, sino correctora, aún cuando sean restrictivas de los derechos fundamentales del menor infractor.

#### **7.2.2.2. La Ley Orgánica 4/1992, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.**

La LORCPJM de 1992, promulgada al hilo de la STC 36/1991 y con carácter urgente, acota la competencia de los jueces de menores, limitándola a los hechos constitutivos de delitos o faltas según el Código Penal y las leyes especiales entonces vigentes<sup>320</sup>. Por razón de la edad, tendrá la consideración de menor infractor aquél que hubiera cumplido los doce años y fuere menor de dieciséis, consciente de la trascendencia de sus actos y de la infracción de una norma social<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero, cit. FJ 8.

<sup>320</sup> Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, cit. Pág. 6.

<sup>321</sup> Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, cit. Pág. 7 a 9. Ahora bien, los menores de doce años pasarían directamente a disposición de la autoridad administrativa de protección; y el Juez de Menores continuaría

Se introduce un nuevo Derecho procesal penal de menores, en aras al aseguramiento de sus derechos y garantías procesales, sin dejar de ser una variante del Derecho procesal de adultos, aún cuando la intervención judicial trata de encontrar su principio inspirador más en la educación y resocialización del menor, que en el castigo y la represión<sup>322</sup>. Sin embargo, compartiendo la opinión de un sector de la doctrina, con la ley de 1992 «se opta por un sistema contradictorio, lleno de incoherencias ideológicas, *sui generis*, mezcla de aspectos penales y educativos, de flexibilidad y proporcionalidad. Un sistema que se esfuerza en construir un proceso penal respetuoso de las garantías procesales, pero que –a pesar de eliminar parafernalias, trastornar con aquel pretexto las funciones naturales de órganos jurídicos intervinientes y remitir a las víctimas al orden civil- demora y retrasa demasiado la intervención educativa, sin que logre ocultar su verdadero carácter de juicio y la filosofía punitiva subyacente»<sup>323</sup>.

### 7.2.2.3. La Moción parlamentaria de 10 de mayo de 1994.

En 1994, se plantea por todos los grupos parlamentarios en el Congreso un proyecto de ley penal del menor para elevar la edad penal a los dieciocho años, pero sin caer en la cuenta –a excepción de Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya<sup>324</sup>- en que, elevando la edad penal de los dieciséis a los dieciocho años, por debajo de dicha edad

---

ostentando competencia para imponer medidas judiciales que hubieran delinquido de entre los dieciséis y los dieciocho años, al continuar vigentes los art. 18 y 20 de la LTTM.

<sup>322</sup> Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, cit. Pág. 10 y ss. Por ej.: los operadores jurídicos no utilizarán toga ni actuarán en estrados; las sesiones no serán públicas ni se admitirá la identificación del menor infractor por los medios de comunicación; el Ministerio Fiscal instruye e incoa el expediente, a la vez que defiende al perjudicado por el delito o falta, y los intereses sociales; interviene un Equipo Técnico (psicólogo, trabajador social y educador) que asesorará al Fiscal y al Juez de Menores acerca de las circunstancias que rodean al menor infractor; cabe la adopción de vías de *diversión* que permitan concluir el procedimiento sin necesidad de llegar a juicio; la resolución que pone el Juez atenderá, no sólo a la condena o absolución por los hechos delictivos cometidos en virtud de la prueba practicada, sino que se atenderá a la personalidad y circunstancias que rodean al menor infractor. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC núm. 211/1993 (Sala Primera), de 28 de junio [LA LEY 2244-TC/1993], FJ 4º; en conexión con la STC núm. 36/1991 (Pleno), cit. FJ 6º; CDN, cit. Art. 40.2.b); «Reglas de Beijing», cit. Reglas 7 y 8; Recomendación R(87)20, de 17 de septiembre de 1987, cit. Aptdo. III.8.

<sup>323</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España», ob. cit. Pág. 547 y 548. Me remito a la bibliografía citada por los autores, de especial interés: RÍOS MARTÍN, J.C.: «Críticas a la reforma penal de la Ley Orgánica 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores», en *Actualidad Penal*, núm. 33, t. II, Madrid, 1992. Pág. 233(237) a 239.

<sup>324</sup> Cfr. CORTES GENERALES: Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, V Legislatura, núm. 157, Madrid, 1995. Pág. 8294. En concreto, fue el diputado de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, D. Diego López Garrido. Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es).

no podría haber reacción penal del Estado frente al menor de edad. Los restantes grupos parlamentarios plantearían la Moción definitiva de 10 de mayo de 1994. Proponen: la elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años, sin dejar de exigir «responsabilidad penal» al menor de dieciocho años de edad por los delitos o faltas cometidos según el CP y las leyes penales aplicables, bajo la ambigüedad de que dicha «ley penal» tendría «carácter educativo»; se fundamenta en principios orientados hacia la reeducación del menor infractor, en base a sus circunstancias personales, familiares y sociales; propicia la intervención de las Comunidades Autónomas en las competencias que tengan atribuidas en materia de ejecución de medidas judiciales impuestas al menor infractor<sup>325</sup>.

Será esta Moción de 10 de mayo de 1994 la que sienta los principios guía de la futura legislación sancionadora juvenil. Si bien, la aprobación definitiva que llegaría con la LORRPM actualmente vigente, se hizo esperar todavía seis años más, cuyo *iter* jurídico no quedó más que en declaraciones de buenas intenciones.

#### **7.2.2.4. El Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995.**

La respuesta a dicha Moción fue en forma de Anteproyecto de Ley Penal Juvenil y del Menor de 1995<sup>326</sup>. Ya la propia denominación de «ley penal» ofrece una carga represiva digna de mención, por influencia del «correcionalismo» alemán<sup>327</sup>. Se entendía que el menor que había delinquido debía ser corregido –de forma racional– para lograr el restablecimiento del Derecho, viendo en el castigo la única ayuda necesaria al infractor para su adaptación a la sociedad. Por lo que su principal objetivo

---

<sup>325</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Con remisión del mismo autor: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000. Pág. 21 y 22.

<sup>326</sup> Anteproyecto de ley Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1648, Madrid, 1995. Al que de ahora en adelante me referiré como ALOPJM de 1995. Cfr. PANTOJA GARCÍA, F.: «Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor», ob. cit. Pág. 20 y 21; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; GIMÉNEZ SALINAS i COLOMER, E.: «Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España», cit. Pág. 553 a 563.

<sup>327</sup> La doctrina del «correcionalismo» alemán es fruto de las «teorías de la prevención especial», cuyo máximo exponente fue ROEDER. En España, en el ámbito de la ciencia penal, quienes defendieron la doctrina correcionalista fueron: GARCÍA-DORADO MONTERO y ARENAL PONTE.

no era tanto la prevención del delito como la mejora moral del menor infractor. Ello en consonancia con la tesis correccionalista mantenida por una de sus precursoras en la ciencia penal española, Arenal Ponte, quien ve en el infractor un individuo débil a quien debe ayudarse, siendo el castigo un bien moral para él capaz de lograr no sólo su corrección, sino reconocer en el mismo la respuesta justa y merecida por su delito, que le ayuda a asumir la culpa, mostrar su arrepentimiento y comprometerse a reparar el daño causado.

El resultado del texto, no cabe duda, que fue excesivamente formal, garantista e íntimamente ligado al sistema penal, impulsado por un populismo punitivo imperante en aquel momento. La manifestación más clara viene de la mano de la propia estructura del texto legal, dividido en tres títulos, precisamente como respuesta a la adecuación de los tres momentos de la relación punitiva: 1) antes de la comisión del delito – disposiciones generales, previsión de las conductas típicas y consecuencias aplicables-, 2) relación punitiva entre el Estado y el menor infractor, a través de la jurisdicción penal y bajo el respeto de los derechos y garantías procesales –enjuiciamiento del menor infractor-, y 3) el pronunciamiento de la correspondiente sentencia con la consiguiente satisfacción de la responsabilidad penal del menor infractor –de la ejecución de las penas y las medidas-<sup>328</sup>.

El Anteproyecto consagra un proceso penal especial que descansa en la discrecionalidad judicial<sup>329</sup>; erige la institución del Ministerio Fiscal como órgano público acusador y subordina su actuación al proceso<sup>330</sup>; permite la exigencia de «responsabilidad» a partir de los trece años cumplidos, en virtud de la teoría del discernimiento; disminuye la intensidad del informe del Equipo Técnico que queda como simple prueba pericial<sup>331</sup>; prevé la limitación de la reparación extrajudicial, dando prioridad al enjuiciamiento del menor infractor<sup>332</sup>; agrava la dureza de las penas

---

<sup>328</sup> Cfr. VIANA BALLESTER, C.: «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», ob. cit. Pág. 157 y 158. La autora remite su espléndida exposición a: cfr. Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995, cit. Memoria Explicativa. Pág. 6-8.

<sup>329</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 31, 34, 48.3, 51.1, 51.2, 53.5, 55.2 y 57.1.

<sup>330</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 43.1 y 55.2.

<sup>331</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 6.1, 41.1 y 51.4.

<sup>332</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 53.

juveniles y medidas que se imponen al menor infractor<sup>333</sup>; se penaliza la reincidencia<sup>334</sup>; hace depender la suspensión de la condena impuesta al menor infractor de un pronóstico favorable<sup>335</sup>; autoriza el cumplimiento de la pena juvenil o los arrestos de fin de semana en centro penitenciario (para el caso de jóvenes de entre dieciséis y dieciocho años), así como los arrestos de fin de semana en centros policiales o depósitos municipales para el menor de entre trece y dieciséis años<sup>336</sup>; se crea un Registro Especial de menores delincuentes<sup>337</sup>; convierte al Ministerio Público en órgano acusador del menor infractor, e implanta la entrada de carácter vindicativo de la acusación particular en el proceso penal de menores<sup>338</sup>. Olvidando los principios y garantías ya consolidados en la legislación juvenil, tanto internacional como en nuestro ordenamiento jurídico español, cuestionando a su vez la doctrina del Tribunal constitucional relativa a la inconstitucionalidad de los preceptos de la LTTM y la propia Moción de 1994.

#### **7.2.2.5. Trámite parlamentario. Los proyectos de ley reguladores de la responsabilidad penal del menor**

Para la elaboración del primer borrador de la LORRPM en 1996, se partió de la experiencia de la aplicación de la LORCPJM de 1992, del exámen del Derecho juvenil comparado, de la Moción parlamentaria aprobada unánimemente por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994<sup>339</sup>, del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995 de inspiración alemana<sup>340</sup>, y de escasas aportaciones doctrinales. Y ello a pesar de no haberse encontrado estudios científicos de carácter

---

<sup>333</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 28. En concreto, permite castigar al menor infractor de catorce años con pena juvenil de diez años, aunque el cumplimiento ininterrumpido no debe exceder de la mitad (cinco años).

<sup>334</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 28.2.a)

<sup>335</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 32.2.

<sup>336</sup> ALOPJM de 1995, cit. DA 6.

<sup>337</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 62.5.

<sup>338</sup> ALOPJM de 1995, cit. Art. 43.2.

<sup>339</sup> Cfr. Moción parlamentaria de 10 de mayo de 1994, sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, así como criterios a seguir para dotar a las instituciones de instrumentos eficaces y adecuados para realizar las funciones que tienen encomendadas, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie D, núm. 99, Mociones consecuencia de interpelaciones urgentes núm. 173/000037 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Madrid, 17 de mayo de 1994).

<sup>340</sup> ALOPJM de 1995, cit.

empírico a nivel nacional que pudieran avalar las dificultades y aciertos de la anterior ley penal juvenil<sup>341</sup>.

Aspectos como la rebaja general de la edad penal a los trece años cumplidos y la aplicación de la ley a los mayores de dieciocho años que hubieran delinquido siendo menores de edad, en los casos de empleo de violencia o intimidación en las personas, o con grave peligro para la vida o integridad física, reminiscencias éstas cogidas del Derecho comparado, fueron muy controvertidos y objeto de numerosas discusiones durante la tramitación parlamentaria. No así el amplio catálogo de medidas judiciales a imponer al menor infractor –las únicas propuestas realizadas por algunas fuerzas políticas fue en materia de ejecución de algunas medidas-, o la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción en el proceso judicial juvenil sin control judicial alguno, excepto en la adopción de medidas cautelares para el menor infractor.

#### **7.2.2.5.1. El Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996<sup>342</sup>.**

Lo fundamental de este Borrador es que en su Exposición de Motivos se fijan ya todo el elenco de principios inspiradores de la legislación de justicia juvenil: se inspira en los principios más positivos de la legislación tanto internacional –en particular, la CDN- como nacional –la LORCPJM de 1992- en materia de justicia juvenil; aboga por una responsabilidad no penal del menor infractor, y sí de naturaleza sancionadora-educativa, que el propio texto denomina como «responsabilidad social» del menor infractor<sup>343</sup>; perfila un proceso con todas las garantías en defensa de los derechos del menor infractor, al dictado de los principios constitucionales previstos en el art. 24 de la CE; acoge la franja de edad prevista por la CDN a partir de la cual se exigirá responsabilidad al menor infractor; establece un régimen específicamente aplicable a

---

<sup>341</sup> Cfr. PÉREZ JIMÉNEZ, F.: *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. Pág. 1(106) a 509.

<sup>342</sup> Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996. Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996. Al que de ahora en adelante me voy a referir como BALOJJ de 1996. La elaboración de este borrador normativo se atribuye al Catedrático de Derecho Penal D. Antonio García-Pablos de Molina, al Fiscal D. Félix Pantoja García y al Psicólogo y Criminólogo D. Vicente Garrido Genovés. Tomó la forma de Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997, al que me referiré en los siguientes ep.

<sup>343</sup> BALOJJ de 1996, cit. Art. 2.1.

aquellos menores infractores que presenten problemas especiales; prevé la aplicación de esta ley para los jóvenes con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, cuando así lo estime conveniente el órgano judicial<sup>344</sup>.

#### **7.2.2.5.2. La Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 26 de noviembre de 1996.**

Con la aprobación del CP de 1995, no cabía la menor duda de la naturaleza penal del Derecho aplicable al menor de dieciocho años<sup>345</sup>. Un año después, el Grupo Socialista plantea una Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores que completara el CP de 1995 ya vigente, y, en consecuencia, de eminente carácter penal, aún cuando nunca fue objeto de una discusión abierta<sup>346</sup>.

La proposición de ley se orienta a la integración social del menor infractor, previa reparación del daño causado a la víctima, perfilados en estos dos extremos los fines de la exigencia de responsabilidad al menor<sup>347</sup>; se distinguen dos tramos de edad (el primer tramo, 14 y 15 años; el segundo tramo, 16 y 17 años), considerando de mayor gravedad el segundo tramo, y, en consecuencia, la imposición de medidas judiciales más duras en atención a esa circunstancia de la edad y a la gravedad del delito<sup>348</sup>; se extiende la aplicación de la ley al mayor de dieciocho y menor de veintiún años que hubiera delinquido siendo menor de edad sin restricción alguna<sup>349</sup>; se aplican las disposiciones generales del Libro I del CP en aras a la determinación de la responsabilidad penal del menor infractor<sup>350</sup>; se incluye la multa en el elenco de medidas judiciales<sup>351</sup>; se reduce la medida de internamiento en régimen cerrado a un tiempo máximo de ocho años<sup>352</sup>; se impide la suspensión de la ejecución de la medida

---

<sup>344</sup> BALOJJ de 1996, cit. EM.

<sup>345</sup> CP de 1995, cit. Art. 19 en conexión con la DF 7 y art. 69.

<sup>346</sup> Proposición de Ley 122/000055, Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 26 de noviembre de 1996, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 71-1 (BOCG, de 29 de noviembre de 1996). A la que de ahora en adelante me referiré como PLORRPM de 1996.

<sup>347</sup> PLORRPM de 1996, cit. EM y art. 6.

<sup>348</sup> PLORRPM de 1996, cit. EM y art. 26.

<sup>349</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 3.2. en relación con el art. 69 del CP de 1995.

<sup>350</sup> PLORRPM de 1996, cit. EM y art. 8 y ss. En relación con el art. 19 del CP de 1995.

<sup>351</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 23.

<sup>352</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 14.3.

judicial con posterioridad a la sentencia cuando ésta exceda de cinco años<sup>353</sup>; la mera negligencia en la comisión del hecho delictivo por el menor infractor conlleva responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* para padres o guardadores, tanto de hecho como de derecho<sup>354</sup>; para que surta eficacia el archivo del expediente sancionador por el Ministerio Fiscal deberá ser ratificado por el Juez de menores<sup>355</sup>; el archivo del expediente sancionador exige del menor infractor la práctica de prestaciones en beneficio de la comunidad o la propia víctima<sup>356</sup>; la medida de internamiento en régimen cerrado se regirá por las mismas normas previstas por el CP de 1995 y la LGP de 1979 para la libertad condicional<sup>357</sup>.

#### **7.2.2.5.3. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997<sup>358</sup>.**

Al igual que el PLORRPM de 1996, este texto también pretende dar respuesta a lo dispuesto en el art. 19 del CP de 1995, dejando muy claro en su Exposición de Motivos que, aún cuando se trate de una ley sancionadora, su naturaleza es educativa, y, en consecuencia, suficiente para dar una respuesta socialmente adecuada al menor infractor, aún cuando tenga que intervenir el aparato judicial sancionador del Estado.

La oportunidad que ofrecía este ALOJJ de 1997 fue única para haber concebido la justicia juvenil como un sistema verdaderamente educativo y resocializador, al margen de un régimen penal, excepto en los casos en que se detectase el elemento de peligrosidad futura en el menor infractor, en cuyo caso sí quedaría garantizado el elemento de la culpabilidad, límite de la prevención de la lesión de los bienes jurídicos o defensa de la sociedad, en que sí estaría justificada la aplicación del Derecho penal mediante la imposición de una medida judicial, sometida a las mismas garantías que la pena. Aún cuando la repercusión del principio de culpabilidad sobre la medida, entendida como restricción de derechos, podría ser entendida como indirecta, en virtud

---

<sup>353</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 35.2.2º.

<sup>354</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 36.2.

<sup>355</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 62.5.

<sup>356</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 64.1.

<sup>357</sup> PLORRPM de 1996, cit. Art. 22 y 91 en relación con la LGP, cit.

<sup>358</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997. Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.



del sometimiento al principio de proporcionalidad y para determinados comportamientos más graves.

Este texto legal va a considerar las acciones delictivas protagonizadas por menores de entre doce y trece años como irrelevantes en clave penal, siendo suficiente una respuesta educativa en el ámbito familiar, sin intervención del aparato judicial del Estado.

En consecuencia, los principios que guían la redacción del texto son los siguientes: naturaleza no penal, y sí sancionadora-educativa del procedimiento de justicia juvenil y de la medida a aplicar al menor infractor; el respeto del interés superior del menor como principio inspirador de la justicia juvenil, junto con el reconocimiento al menor infractor de todas las garantías constitucionales<sup>359</sup>; la diferenciación por tramos de edad, en aras a la aplicación y sometimiento al procedimiento sancionador; la flexibilidad en la adopción y ejecución de la medida a imponer al menor infractor, dependiendo del caso concreto, la cual deberá tener un marcado contenido educativo; la competencia de las Comunidades Autónomas de protección de menores en la ejecución de las medidas, aún cuando exista un control judicial de dicha ejecución.

#### **7.2.2.5.4. El Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997.**

Aprovechando el cambio de gobierno en España con las elecciones de 1996, se elabora el primer Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997<sup>360</sup>. Texto legal que proponía una nueva redacción del

---

<sup>359</sup> Será la especial valoración del interés del menor el primer elemento diferenciador del procedimiento de justicia juvenil en relación con el resto de procesos. Cfr. PANTOJA GARCÍA, F.: «Particularidades en el caso de los menores de edad penal». *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 29, Madrid, 1993. Pág. 243(250) a 271; en conexión con la CDN de 1989, cit. Art. 3: 1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

<sup>360</sup> Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1771, Madrid, 1996. Al que de ahora en adelante me referiré

art. 19 del CP de 1995, que eximiera de responsabilidad penal al menor infractor, aún cuando de la comisión de un hecho delictivo respondería penalmente «con arreglo a las disposiciones de la Ley reguladora de la Justicia Juvenil del Menor»<sup>361</sup>.

Guiado por los principios generales ya tratados en textos anteriores, se establecía un modelo de naturaleza no penal sino sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas judiciales aplicables al menor infractor, orientadas a la resocialización del menor infractor<sup>362</sup>; exención de responsabilidad penal de los menores de dieciocho años por los delitos o faltas cometidos, en consonancia con el art. 19 del CP de 1995, y sí responsables de entre los catorce y los dieciocho años con arreglo a las disposiciones de la presente ley<sup>363</sup>; se traza un elenco de contenidos educativos, con previsión de regímenes diferenciados por tramos de edad, en coherencia con la finalidad preventiva de la normativa de menores<sup>364</sup>.

Bien es verdad que frente a los delitos considerados «de especial gravedad»<sup>365</sup>, la medida más grave de las previstas por el BALOJMM era el internamiento en régimen cerrado, bajo unos requisitos preventivo-generales iguales que en el Derecho penal de adultos, si bien única y exclusivamente como consecuencia de la alarma social que ese tipo de delitos generan: es decir, que en la comisión del delito hubiere mediado violencia o intimidación en las personas, o hubiere entrañado riesgo para las mismas<sup>366</sup>, supuestos en que la medida podía alcanzar hasta un máximo de duración de cinco años, si el menor hubiere cumplido los dieciséis años; para los supuestos de mayor gravedad<sup>367</sup>, no se admite la sustitución de la medida en régimen cerrado por otra medida, y habría de ser completada con otras medidas hasta un límite de cinco años más<sup>368</sup>; los casos de reincidencia en delitos cometidos con empleo de violencia o puesta en peligro de la vida de las personas, son considerados como delitos de especial

---

como BALOJMM de 1997. Las riendas del Gobierno de España (VI Legislatura) las había cogido el Partido Popular.

<sup>361</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 23 y 24.

<sup>362</sup> BALOJMM de 1997, cit. EM.

<sup>363</sup> BALOJMM de 1997, cit. DA 2.

<sup>364</sup> BALOJMM de 1997, cit. EM.

<sup>365</sup> BALOJMM de 1997, cit. Art. 4.3.

<sup>366</sup> BALOJMM de 1997, cit. Art. 9.2.

<sup>367</sup> BALOJMM de 1997, cit. Art. 9.4.

<sup>368</sup> BALOJMM de 1997, cit. Art. 9.5.

gravedad, a efectos de imposición de la medida judicial<sup>369</sup>; tales delitos de especial gravedad, cuando fueren cometidos por «jóvenes» en virtud del art. 69 del CP, es decir, entre los dieciocho y los veintiún años, quedarían excluidos automáticamente del régimen más benigno contenido en el BALOJMM, por lo que quedarían sometidos directamente al Derecho penal de adultos<sup>370</sup>.

En consecuencia con lo anterior, si analizamos los tipos delictivos en que interviene la violencia como elemento esencial, o la puesta en peligro o riesgo para la vida o integridad de las personas, la experiencia profesional me enseña que es amplio el espectro del menor infractor autor de los mismos el que sería sometido al Derecho penal más puro, aún cuando la EM del Borrador piense sólo en términos educativos<sup>371</sup>.

La cuestión estriba, fundamentalmente, en que los delitos considerados «de especial gravedad», se detecta el elemento de peligrosidad futura en el menor infractor, supuesto en el que garantizado el elemento de la culpabilidad, límite de la prevención de la lesión de los bienes jurídicos o defensa de la sociedad, en que sí estaría justificada la aplicación del Derecho penal mediante la imposición de una medida judicial, sometida a las mismas garantías que la pena. Aún cuando la repercusión del principio de culpabilidad sobre la medida, entendida como restricción de derechos, podría ser entendida como indirecta, en virtud del sometimiento al principio de proporcionalidad y para determinados comportamientos más graves.

En consecuencia, esta aparente «incoherencia» se debe a una cuestión puramente de lógica abstracta: es decir, como excepción pensada para los casos más graves que pudieran darse en la sociedad española, como ya habían acontecido en otros países de nuestro entorno<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> BALOJMM de 1997, cit. Art. 4.3 en relación con el art. 9.5 último inciso.

<sup>370</sup> BALOJMM de 1997, cit. Art. 4.3 primer inciso en relación con el art. 69 del CP de 1995.

<sup>371</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo derecho penal*, ob. cit. Pág. 24 y 25. El autor remite a la investigación realizada por SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: *La violencia en el Derecho Penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP de 1995*, Ed. Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1999. Pág. 1-544.

<sup>372</sup> Vienen a mi memoria el escalofriante «caso James Bulger», un menor de dos años secuestrado y asesinado en Liverpool por otros dos menores de 9 y 10 años respectivamente (Reino Unido, 1993), o los asesinatos en masa en varios institutos de educación secundaria en Columbie, Colorado (Estados Unidos, 1999).

#### **7.2.2.5.5. El Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997<sup>373</sup>.**

En realidad, este Anteproyecto, elaborado por el Ministerio de Justicia, constituye el desarrollo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil que le precede, también de 1997. Respondiendo a las mismas características y principios orientadores básicos, pone el acento en la orientación educativa, tanto del proceso de menores como de las medidas judiciales a imponer al menor infractor, y el superior interés del menor infractor<sup>374</sup>. Sirva de ej. la denominación que se dio al principio acusatorio como de «postulación», término que fue suprimido pues se consideraba que hacía referencia a una realidad que no era estrictamente procesal<sup>375</sup>.

El 4 de julio de 1997 el Consejo de Ministros remite al Consejo General del Poder Judicial el ALORJM, viniendo a consolidar la praxis ya iniciada con la LORCPJM de 1992<sup>376</sup>. La Comisión de estudios elabora un Informe que fue aprobado por el Pleno del CGPJ el 12 de noviembre de 1997<sup>377</sup>. Este texto adquiere gran importancia, pues supone un anticipo y una síntesis perfecta de lo que sería la «Ley del Menor» actualmente vigente.

---

<sup>373</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 144-1 (BOCG, de 3 de noviembre de 1998). Cfr. BUENO ARÚS, F.: «El Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia», en *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 11, San Sebastián, 1997. El citado profesor ha sido considerado el autor de la actual LORRPM, desde su cargo de Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia. La Comisión Asesora del Ministerio, presidida por el Prof. Bueno Arús, estuvo integrada por: Antonio García-Pablos de Molina (Catedrático de Derecho Penal), Félix Pantoja García (Fiscal próximo al partido comunista de Izquierda Unida) y Vicente Garrido Genovés (psicólogo). Al Prof. García-Pablos se debe el «garantismo» de la ley y las directrices fundamentales en materia de derecho sustantivo del nuevo cuerpo legal juvenil; el Fiscal Pantoja fue el inspirador del régimen procesal y procedimental (más flexible que en el sistema de adultos) de la ley; al Prof. Garrido se debe el sistema de sanciones aplicables al menor infractor. Fue objeto de sendos informes por parte del CGPJ y de la FGE: ambos llevan por título «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores». Su aprobación definitiva tuvo lugar el 22 de diciembre de 1999, con 176 votos a favor, 138 abstenciones y 8 en contra. Su publicación definitiva tuvo lugar el 12 de enero de 2000, entrando en vigor un año después. Dando origen a la LORRPM actualmente vigente.

<sup>374</sup> Cfr. VIANA BALLESTER, C.: «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», ob. cit. Pág. 158.

<sup>375</sup> Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia de Menores, Madrid, 28 de octubre de 1997, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 144-1 (BOCG, de 3 de noviembre de 1998). Pág. 187.

<sup>376</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La justicia juvenil en España: un modelo diferente». MARTÍN LÓPEZ, M. C. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001. Pág. 1(36) a 230.

<sup>377</sup> Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia de Menores, cit.

El Informe del CGPJ resalta las siguientes características: a) se concentra en una regulación única y completa los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución del tratamiento del menor infractor, de la que no se había dispuesto desde la entrada en vigor de la CE de 1978. Aún cuando ello supondría un importante despliegue de medios materiales y humanos; b) se recalca el carácter educativo de la reacción social frente al problema de la delincuencia juvenil, en consonancia con los principios constitucionales, con especial valoración del interés superior del menor; c) se justifica el perfil todavía en desarrollo y en plena fase de maduración del menor infractor, que no ha tenido tiempo suficiente para interiorizar la norma que ha infringido, y que, en muchos casos, el propio entorno no le da las oportunidades necesarias para respetar dichas normas; y d) se apunta la alta capacidad de recuperación del menor infractor y, consecuentemente, su exitosa resocialización en comparación con el delincuente adulto<sup>378</sup>.

Resulta de gran interés la apreciación que al respecto de los distintos borradores, anteproyectos y proyectos de ley penal del menor sucedidos en todos estos años hace el Prof. García-Pablos de Molina, al señalar que «la apresurada entrada en vigor del nuevo Código Penal (no precedida de la reforma de la legislación de menores) ha frustrado uno de los objetivos político-criminales de aquél: la elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años. Ello demuestra, sin duda, el erratismo político-criminal, esto es, la indefinición o ausencia de modelos claros en materia de jóvenes y menores y, en todo caso, la falta de voluntad política o la incapacidad para tomar las decisiones oportunas en el momento necesario. Que se consiga el *quórum* reforzado imprescindible para aprobar el Código Penal de los adultos, y que no se haya podido obtener para la reforma de la legislación de menores, no deja de ser una lamentable paradoja»<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> Sobre este Informe: cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y Título Preliminar», ob. cit. Pág. 32.

<sup>379</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 265-266. En conexión con: *Manual de Criminología*, ob. cit. Pág. 256.

#### **7.2.2.5.6. El Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 3 de noviembre de 1998.**

El nuevo Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 1998 no oculta la naturaleza penal de su régimen, aunque quiere orientarse a la resocialización del menor infractor: es decir, formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, tanto en relación al procedimiento al que se somete el menor infractor como a las medidas judiciales aplicables<sup>380</sup>. Aún cuando en su Exposición de Motivos se explicita que «la intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad» en los casos en que el menor infractor tenga una edad más alta y se enfrente al enjuiciamiento por delitos más graves –delitos violentos o con riesgo para la vida e integridad de las personas-<sup>381</sup>.

Del estudio del texto normativo, a pesar de las discrepancias que presentó en algunos puntos de su articulado durante su tramitación parlamentaria, se aprecia el reconocimiento implícito de la naturaleza penal de la norma y la necesidad de la defensa social, dentro de cuyas coordenadas trata de perseguir el fin resocializador del menor infractor<sup>382</sup>.

En el texto presentado por el Gobierno, se reduce la edad mínima del menor infractor a los trece años, momento a partir del cual será sometido al régimen penal que prevé el PLORRPM, si bien el Pleno del Congreso volvió a elevar la edad mínima de responsabilidad a los catorce años<sup>383</sup>; para el menor infractor que haya cumplido ya dieciséis años que incurra en un delito cometido con violencia, intimidación o riesgo para las personas, el juez de menores podrá acordar la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años, debiendo acordarse, como mínimo, al menos

---

<sup>380</sup> Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 144-1 (BOCG, de 3 de noviembre de 1998). Al que de ahora en adelante me referiré como PLORRPM de 1998.

<sup>381</sup> PLORRPM de 1998, cit. EM. Al respecto señalar que el que los delitos más graves cometidos por el menor infractor que se encuentre en la segunda franja de edad (dieciséis-diecisiete años), requieran una intervención educativa más incisiva se contradice con los más básicos postulados de la Criminología moderna, en que la gravedad del delito cometido por el menor infractor y los *deficits* educativos que presente no están correlacionados. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 26.

<sup>382</sup> PLORRPM de 1998, cit. El texto aprobado por el Gobierno fue objeto de reformas por el Pleno del Congreso de los Diputados, así como de las enmiendas admitidas en el Senado, quedando aprobado el texto definitivo de la LORRPM el 30 de diciembre de 1999.

<sup>383</sup> PLORRPM de 1998, cit. Art. 1.1 modificado.

durante un año, cuyo cumplimiento será en un centro de reforma<sup>384</sup>; se incluyen como delitos «de especial gravedad» *ex lege*, además de la reincidencia, el homicidio o asesinato dolosos, la agresión sexual y los delitos relacionados con el terrorismo<sup>385</sup>; se excluye del régimen de la LORRPM al mayor de dieciocho años autor de un delito «de especial gravedad»<sup>386</sup>. Por lo que, en definitiva, no hace más que acentuar el fin defensorista del anterior BALOJIM de 1997.

#### **7.2.2.6. Aprobación definitiva de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.**

El Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados recoge algunas comparecencias ante la Comisión de Justicia e Interior, con motivo de la aprobación de la LORRPM, entre otras el grave error que supone denominar la ley de «responsabilidad penal de los menores», cuando el Derecho penal no puede educar, ni responsabilizar, pero sí castigar. Y es que, en materia de menores, concurren reiteradamente la confusión de los dos planos educativo-responsabilizador, con la única intención de paliar el carácter preventivo de la legislación juvenil<sup>387</sup>. Prueba de ello es que pese a situarse en un modelo de responsabilidad educativo, no establece un sistema de doble vía –pena juvenil y medida de corrección y seguridad-, sino que la única respuesta al delito cometido por el menor infractor será la imposición de un sistema de medidas judiciales<sup>388</sup>.

Resulta muy ilustrativa la apreciación de que la «Ley del Menor» persigue una gama muy amplia de objetivos que son difíciles de conciliar, tales como «salvaguardar

---

<sup>384</sup> PLORRPM de 1998, cit. Art. 9.4.a); art. 9.5. Desparece la posibilidad planteada por el Pleno del Congreso de que dicha medida de internamiento en régimen cerrado pueda ser cumplida, bien en centro de acogida, bien en centro de reforma: Art. 54.1 y 3.

<sup>385</sup> PLORRPM de 1998, cit. Art. 9.5 último inciso; DF 3, en que se rebaja la edad penal a los dieciséis años cuando se trate de delitos de terrorismo.

<sup>386</sup> PLORRPM de 1998, cit. Art. 4. Modificado como consecuencia de las enmiendas admitidas en el Senado, definitivamente aprobado por el Pleno del Congreso.

<sup>387</sup> CORTES GENERALES: Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 114-10 (BOCG, 16 de marzo de 1999). Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es). Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Razones para un proceso penal con menores», ob. cit. Pág. 13.

<sup>388</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: «La reforma de la Ley Penal del Menor por la LO 8/2006», ob. cit. Pág. 18; PANTOJA GARCÍA, F.: «Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 23, Marzo\_1994. Disponible en Internet: <http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/nRevista.asp>. Pág. 19 a 21.

derechos, aumentar la responsabilidad con el consiguiente castigo, trabajar en el ámbito de la educación, aspirar a opciones de no-intervención o consagrar el principio de intervención mínima, reducir la encarcelación, etc.»<sup>389</sup>.

Tras un largo debate parlamentario<sup>390</sup>, la LORRPM vio la luz definitivamente el 23 de diciembre de 1999, discutida en la misma sesión en que se discutió la Ley de Extranjería<sup>391</sup>. «Cuenta con principios propios: los generales del orden procesal penal, tamizados por la especialización de esta materia y, erigidos sobre todos ellos, como criterio rector interpretativo, el «interés superior del menor»<sup>392</sup>. Si bien, aún cuando las especialidades del proceso penal de menores están basadas en lograr una actuación educativa sobre el menor infractor, sin embargo no puede negarse su naturaleza eminentemente penal. De lo contrario, se causa una grave indefensión al menor infractor, pues bajo la idea de que la «Ley del Menor» tiene una naturaleza educativa o educativa-sancionadora, cualquier intervención con el menor infractor quedaría justificada, pues siempre se pedirá y aplicará sobre el menor en beneficio suyo<sup>393</sup>.

La ley, que está compuesta por 64 artículos –divididos, a su vez, en 7 títulos-, 5 Disposiciones Adicionales, 1 Disposición Transitoria y 7 Disposiciones Finales, entra en vigor, según la DF 7ª, al año de su publicación en el BOE<sup>394</sup>.

---

<sup>389</sup> Vid. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La nueva ley de justicia juvenil: un reto para el 2000», ob. cit. Pág. 137.

<sup>390</sup> CORTES GENERALES: Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 144-1 (BOCG, de 22 de diciembre de 1999). Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es); Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Pleno 283 (BOCG, de 22 de diciembre de 1999). Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es).

<sup>391</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero). A la que de ahora en adelante me referiré como LODELEX.

<sup>392</sup> Vid. URBANO CASTRILLO, E.; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *La responsabilidad penal de los menores (Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*, ob. cit. Pág. 28.

<sup>393</sup> Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. D.: *Derecho Penal de Menores*, Ed. Bosch, 4ª ed., Barcelona, 2007. Pág. 89; ARROM LOSCOS, R.: *El proceso penal con implicación de menores (Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores)*, Universitat de les Illes Balears, Servei de Publicacions i Intercanvi Científic, Assaigs Jurídics, Palma de Mallorca, 2002. Pág. 1 a 168.

<sup>394</sup> La fecha de entrada en vigor de la LORRPM no es una cuestión pacífica en la doctrina española. Partiendo del cómputo de tiempo previsto en la DF 7, aquella debía producirse el 13 ó 14 de enero de 2001, dado que su publicación en el BOE fue el día 13. La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000 señalaba el día 14 para su entrada en vigor, apoyándose en algunos precedentes jurisprudenciales y en concordancia con el criterio mantenido en las Circulares 3/1995 y 1/1996, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley del Tribunal del Jurado y el Código Penal respectivamente, ambas de 1995. Sería el legislador quien resolvería la cuestión en la EM de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, fijando el día 13 de enero de 2001. Vid. Ley Orgánica 7/2000, de 22 diciembre, cit, EM, V: *No se trata, en consecuencia, de excepcionar de la aplicación de la Ley 5/2000 a estos menores, ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma, prevista para el próximo 13 de enero de 2001*. Cfr. FISCALÍA



Aún cuando para su aplicación efectiva hubo que esperar hasta el 1 de enero de 2007. De hecho, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, en su DT Única establecía que «se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007».

#### **8. Reflexiones a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, y la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, ambas de modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.**

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores y jóvenes pudo haber sido una ley consecuente con sus postulados si se hubiera mantenido su redacción originaria. Si bien, un dato significativo son las dos modificaciones sucesivas de que fue objeto en su período de *vacatio legis*, con anterioridad a su entrada en vigor, que hicieron de la misma una ley contradictoria y casi imposible en los fines para los que fue concebida.

Con la reforma introducida, la referencia que la LORRPM hace a la CDN, que establece como principio inspirador de la legislación juvenil el «interés superior del menor», parece que queda al socaire de las razones que motiven la intervención con el menor. No cabe duda que el «interés superior del menor» tiene plena vigencia en materia de protección de la infancia. Pero está cuestionado que el mismo principio haya sido la motivación fundamental del legislador al aprobar la LO 7/2000 y la LO 9/2000, ambas de 22 de diciembre. La primera redefine el castigo a imponer al menor infractor cuando incurra en delitos de terrorismo, considerados como actos de extrema gravedad,

---

GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores; Circular 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995; Circular 3/1995, de 27 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado. Un sector doctrinal instaba a su retraso ya que, a su entrada en vigor, no se habían destinado aún los medios humanos y necesarios para un mínimo indispensable de eficacia y efectividad de la ley. Otro sector doctrinal avalaba la entrada en vigor de la ley el día 13, entendiendo que el cómputo del tiempo de entrada en vigor debe producirse de fecha a fecha.

en que se incluye la reincidencia y otros delitos graves<sup>395</sup>; la segunda, la justificación de una jurisdicción especializada en menores autores de delitos de terrorismo, así como la suspensión de la LORRPM para los «jóvenes» de entre 18 y 21 años.

La LORRPM establece la doble exigencia de responsabilizar al menor infractor por el delito cometido a través de una medida considerada por la ley como rehabilitadora. Se incrementa la respuesta punitiva sobre el menor autor de delitos especialmente peligrosos, en que emplea violencia o intimidación, o reincidentes; ante delitos calificado de graves, como el homicidio doloso, el asesinato, la agresión sexual cualificada, la violación, y los delitos de terrorismo. En consecuencia, la reforma se refiere a un tipo de delincuencia muy grave pero «excepcional». Así lo avalan las tasas de delincuencia y la tipología delictiva en la Comunidad de Madrid. Lo que lleva a cuestionarse si razones de especial gravedad y emergencia justifican cambiar las reglas del juego en materia de delincuencia juvenil. Además de romperse el equilibrio de intereses –del menor infractor y de la sociedad- en el supuesto que propicia la reforma.

Con la Ley en la mano, no parece muy educativo endurecer una medida prolongando su duración, máxime cuando su cumplimiento efectivo terminará cuando el menor sea ya mayor de edad; sin embargo, en nada se modifican las facultades que la «Ley del Menor» atribuye a Jueces y Fiscales, quienes cuentan con un amplio margen para discriminar de acuerdo con la diferente gravedad de las conductas el tiempo de duración. Tampoco parece que se adecúe al espíritu de la Ley la ruptura del principio de proximidad; sin embargo, en relación al resto de delitos a los que no se refiere la reforma no se atribuyen especiales medidas de control a un órgano jurisdiccional especializado como es la Audiencia Nacional. Tampoco parecía coherente con la reforma el efecto contaminador que suponía el ingreso en centro de reforma específico para infractores por pertenencia a banda o violencia callejera. Aún cuando esto ya ha

---

<sup>395</sup> LORRPM, cit. DA 4ª. La ley es clara al respecto, en contra de lo que piensan algunos autores. Se refiere, no sólo a los delitos de terrorismo (art. 571 a 580 CP) sino también a otros delitos de naturaleza ordinaria como los citados (art. 138, 139, 179, 180 CP). Aún cuando la diferencia entre los primeros y los segundos para porque los primeros, además de darse el elemento subjetivo del injusto común a todos los delitos a que se refiere esta Disposición Adicional 4ª, persiguen la finalidad de subvertir el orden constitucional alterando la paz pública, o contribuir a tales fines atemorizando a una población determinada, colectivo social, político o profesional. Cfr. IZAGUIRRE GUERRICAGOITA, J. M.: «La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la ley de responsabilidad penal del menor», en *Diario La Ley*, núm. 5240, Ed. La Ley, Madrid, Febrero\_2001. Pág. 1809.

desaparecido<sup>396</sup>. Como tampoco parecía que fuera coherente con el espíritu de la legislación del menor la finalidad última de la reforma de preservar la seguridad jurídica, contraria –a todas luces- de la pretensión preventiva-especial del espíritu de la ley: la integración y la reeducación del menor. Cuando además, el modelo de justicia o intervención con el menor infractor que prevé la CDN –el modelo de las «4 D»- han sido cuestionadas con la reforma.

Algunos autores han criticado que la reforma vulnera el principio del «interés superior del menor», pues supone una desatención de dicho principio y, en consecuencia, de lo dispuesto en la CDN<sup>397</sup>. No cabe duda que el «interés superior del menor» se mide con el interés de una sociedad que desde muchas décadas atrás –y unos años tras la reforma- sufre el azote del terrorismo, donde parece además que las grandes olvidadas son las víctimas y los incuantificables daños ocasionados, haciéndose muy difícil –por no decir imposible- la restauración del bien dañado por el delito o el restablecimiento de la situación anterior a la comisión de este tipo de delitos. Con estas reformas, el legislador persigue la pacificación de una alarma social que sigue incrementando mucho dolor.

Hay que señalar que el «interés superior del menor», que sigue primando en la LORRPM vigente, no es un principio superior, único y excluyente frente a otros bienes constitucionales, a cuyo aseguramiento obedece, en definitiva, toda norma punitiva o correccional. Se trata de un principio perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido. Al fin y al cabo, la reforma sigue dejando en manos del Juez la ponderación y valoración de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima

---

<sup>396</sup> En la Comunidad de Madrid, la especialización de los Centros de Reforma de cumplimiento de medidas en régimen cerrado ya ha desaparecido, a raíz de los recortes anunciados por el Gobierno en el año 2012. Los menores infractores que cumplían condena por los delitos a los que se refiere la reforma introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, cumplían en el Centro Los Rosales, dependiente de la ARRM. Ahora, los menores infractores con delitos graves o en materia terrorista cumplen en el Centro Teresa de Calcuta.

<sup>397</sup> Cfr. VALBUENA GARCÍA, E.: «Una paulatina desnaturalización de la ley del menor», en *Revista Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 7/2008, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008. Pág. 109(122-123) a 131; BERNUZ BENEITEZ, M. J.: «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», ob. cit. Pág. 4-8; IZAGUIRRE GUERRICAGOITA, J. M.: «La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la ley de responsabilidad penal del menor», ob. cit. Pág. 1809.

individualización de la respuesta sancionadora. Desde esta perspectiva, está más que justificada la reforma de la LORRPM introducida durante ese período de *vacatio legis*.

A pesar de todo, la reforma no logra la finalidad preventivo-especial que debiera haberla inspirado. Más bien todo lo contrario, pues se fundamenta en la prevención general, es decir, en la prevención de la lesiones de bienes jurídicos considerados fundamentales para la convivencia, es decir, la defensa de la sociedad. Y lo que es peor, ha supuesto la derivación de «Derecho penal del hecho» propio de un modelo de «responsabilidad» a un «Derecho penal de autor»: es decir, el individuo debe ser enjuiciado no por lo que hace sino por lo que es<sup>398</sup>.

El contenido punitivo hace que la LORRPM sea puro Derecho penal desde su inicio: es decir, restricción de libertad y de derechos al menor infractor por el hecho de haber transgredido determinadas normas consideradas básicas para la sociedad. Violación de normas y restricción de derechos que se dan en cualquier legislación penal vigente, y en consecuencia en la «Ley del Menor» a pesar de las modificaciones que ha sufrido desde su entrada en vigor.

Sin embargo, desde el punto de vista de la ordenación del proceso judicial de menores, no habiéndose evitado la judicialización del procedimiento, es mucho más amplio su régimen de aplicación y ejecución, referido fundamentalmente a la fijación de las medidas, junto con la determinación y aseguramiento de las garantías que deberán sustanciarse durante el desarrollo del mismo<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> El «Derecho penal de autor» es la antítesis del «Derecho penal del hecho». Para el Derecho penal de autor no importa tanto qué se hace u omite (hecho) sino quién –personalidad, notas y características del autor- hace u omite (la persona del autor). Es incompatible con las exigencias de igualdad, seguridad y certeza que reclama el Estado de Derecho, pues no encuentra encaje alguno en nuestro ordenamiento jurídico tipificar personalidades desvinculadas de hechos, ni es viable, ni sería deseable. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 532-533; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1978. Pág. 1(51) a 358; ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. LUZÓN PEÑA, D. M.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M.; DE VICENTE REMESAL, J. (Trad.), Ed. Civitas, 2ª Ed., Madrid, 1999. Pág. 176. . En relación al «Derecho penal del hecho»: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 533-538; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 238-241; COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 1999. Pág. 238-321.

<sup>399</sup> Cfr. MONTERO HERNANZ, T.: «Las modificaciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, Año XXVIII, Núm. 6829, Ed. La Ley, Madrid, Noviembre 2007. Pág. 1 a 16; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: «Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores», ob. cit. Pág. 5137.

### **8.1. La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo.**

La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores y jóvenes, a la que ya me he referido con anterioridad, propicia la redefinición de los delitos de terrorismo, y en consecuencia, va a afectar al menor infractor que incurra en conductas terroristas<sup>400</sup>. Por lo que, con la perspectiva que da su aplicación desde su entrada en vigor, dejó de ser una ley sancionadora de menores en su concepción originaria –más o menos discutible- para terminar de ser una ley eminentemente penal. Y ello en contra de la finalidad preventivo-especial que inspira la legislación penal juvenil.

Cuando el menor incurre en una conducta delictiva relacionada con la conducta terrorista –desde unas injurias a cargos públicos, hasta un asesinato, pasando por los desórdenes públicos en el entorno callejero-, no deja margen a la aplicación flexible de la LORRPM: sólo cabe la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado en centro de reforma, con la gradación proporcional que corresponda en relación con la pena a imponer a un adulto por hechos similares; no cabe revisión de la medida antes de cumplir la mitad de la condena; dicha medida lleva aparejada la medida de libertad vigilada y de inhabilitación absoluta durante el tiempo que determine el Juez de Menores; y separa al menor de su entorno habitual pues se castiga desde Madrid, al ser competente el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

Esta reforma legislativa destila una reacción populista y punitiva como consecuencia de la alarma social que provocan los delitos de terrorismo en nuestro país. Resulta innegable y fuera de discusión la importancia de las circunstancias y las claves

---

<sup>400</sup> CP de 1995, cit. Art. 571 a 580. Inicialmente se recogían en el tít. XXII «Delitos contra el orden público», cap. V, «De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos y de los delitos de terrorismo», secc. Segunda «Delitos de terrorismo». Tras la reforma del CP de 1995 por la Ley Orgánica 8/2006, cit., se crean dos nuevos capítulos en el tít. XXII «Delitos contra el orden público», incorporándose los art. 571 a 580 en el cap. VII «De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», distinguiéndose dos secciones: secc. Primera «De las organizaciones y grupos terroristas» y secc. Segunda «De los delitos de terrorismo». Cfr. Ley Orgánica 8/2006, cit, art. 571 a 580.

políticas del entorno terrorista. Pero no cabe duda que esta reforma legislativa entraña la proclamación, en la legislación juvenil, del Derecho penal de autor sobre la base de un Derecho penal del hecho, que es el que subyace en la legislación penal juvenil.

Como consecuencia de la gravedad de los delitos de terrorismo y la grave alarma social que generan, se ha creado una forma de legislar y aplicar la ley eminentemente retribucionista y represiva para los casos más graves. Resulta muy ilustrativa la opinión de Funes Artiaga, buen conocedor de la educación social, al señalar que el texto original de la LORRPM «ya tenía una tendencia a no ser benévolo cuando se hubiere producido violencia (sin matizar exactamente su significado y como si todo acto impuesto a otra persona no fuera violento) pero ahora, además, se ha acabado identificando extrema gravedad con reincidencia»<sup>401</sup>.

Esta reforma no sólo no evita la reincidencia del menor infractor en dichas conductas terroristas, sobre todo cuando se trata de menores adscritos a una banda o pandilla radical, con independencia de que estén afectados por una situación de necesidad o abandono social –que es lo habitual, dicho sea de paso- sino que las acentúa, pues resulta muy difícil el abordaje eficaz del problema en la mayoría de los conflictos, ya que, en materia de terrorismo, la violencia forma parte de los elementos de la conducta típica, pues, en definitiva, tiene «por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección Segunda»<sup>402</sup>.

Una ley sancionadora que tenga como protagonista al menor infractor debe caracterizarse por facilitar y estimular fórmulas flexibles de aplicación, evitando a toda costa su nacimiento o modificación en un contexto de alarma social. De ahí la importancia de diseñar una política-criminal adecuada que tenga en cuenta el ámbito social y educativo del menor, es decir, su proceso de socialización bien definido.

---

<sup>401</sup> Vid. FUNES ARTIAGA, J.: «La nueva ley penal juvenil: una lectura en clave educativa y que intenta ser ilusionada», en *Educación Social: Revista de intervención socioeducativa*, núm. 18, Universitat Ramon Llull, Ed. Pere Tarrés, Barcelona, 2001. Pág. 10(13) a 24.

<sup>402</sup> CP de 1995, cit. Art. 571 en conexión con los art. 572 a 580.

## **8.2. La Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, en relación a la creación del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional<sup>403</sup>.**

La Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, modificó los art. 96 y 97 de la LOPJ, ofreciendo la regulación orgánica en materia de terrorismo. Se crea el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, órgano competente para enjuiciar los delitos de terrorismo y crimen organizado cometidos por el menor infractor. La creación de este Juzgado Central de Menores se dispone mediante Real Decreto 3471/2000, de 29 de diciembre, cuyo objetivo fundamental estriba en «reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada ley a los menores implicados en delitos de terrorismo»<sup>404</sup>. La LORRPM determina la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales en materia de responsabilidad penal del menor, recogida en el art. 2, atribuyéndoles la competencia exclusiva para conocer de los hechos delictivos cometidos por el menor infractor, a excepción de los delitos de terrorismo, cuya competencia se atribuye al Juez Central de Menores, con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Será la Ley 8/2006, de 4 de diciembre, la que introduzca en la LORRPM la competencia objetiva y territorial del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional<sup>405</sup>. A él se refiere el art. 2 apartado 4 de la LORRPM, órgano jurisdiccional al que se pide que observe las mismas previsiones que la propia LORRPM exige al Juez de menores *in genere*, con remisión al art. 17 apartado 4 último inciso<sup>406</sup>.

---

<sup>403</sup> Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 307, de 23 de diciembre).

<sup>404</sup> Real Decreto 3471/2000, de 29 de diciembre, por el que se dispone la constitución del Juzgado Central de Menores correspondiente a la programación del año 2001 (BOE núm. 313, de 30 de diciembre). En su introducción se dice expresamente que «se trata de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de estos delitos se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción todas las garantías que para los menores ha establecido la Ley –LORRPM–».

<sup>405</sup> Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 290, de 5 de diciembre).

<sup>406</sup> LORRPM, cit. Art. 2: 4. *La competencia para conocer de los delitos previstos en los art. 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. La referencia del último inciso del ap. 4 del art. 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los arts. 571 a 580 del Código Penal. Y el art. 17: 4. (...) Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.* La

La LO 9/2000, de 22 de diciembre, supuso la suspensión por un período de dos años de la entrada en vigor del art. 4 de la LORRPM, a día de hoy modificado, que preveía su aplicación a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, con los requisitos previstos en la ley, y ello en virtud del art. 69 del CP, ya mencionado<sup>407</sup>. Si bien, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, prolongó esta suspensión siete años más<sup>408</sup>.

Finalmente este precepto fue derogado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>409</sup>. Por un error en las fechas de entrada en vigor de esta última reforma, en opinión de algunos autores, del Consejo General de la Abogacía y la Audiencia Provincial de Madrid, el art. 4 de la LORRPM estuvo formalmente vigente para los mayores de dieciocho y menores de veintiún años únicamente entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007<sup>410</sup>; sin embargo, la Fiscalía

---

provisión de los Juzgados de Menores se encuentra regulada en el art. 329 aps. 3 y 5 de la LOPJ. Anteriormente esta atribución de competencias se llevaba a cabo en la DA 4 que había sido introducida por la LO 7/2000, cit. Fue finalmente derogada por la DD Única de la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

<sup>407</sup> LORRPM, cit. Art. 4: 1. *De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto.* Cfr. LO 9/2000, de 22 de diciembre, cit. DT Única: *Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma.*

<sup>408</sup> LO 9/2002, de 10 de diciembre, cit. DT Única: *Se suspende la aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007.*

<sup>409</sup> LORRPM, cit. Art. 1: 2. *También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el art. 4 de la misma.* Y: 4. *Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a las mayores de dicha edad. Sin perjuicio de lo anterior, cuando esta Ley se refiera genéricamente al menor o a los menores, se entenderá que lo hace a todos los incluidos en su ámbito de aplicación.* Apartados del art. 1 suprimidos por la LO 8/2006, cit.

<sup>410</sup> A favor de la vigencia del art. 4 de la LORRPM: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID: Acuerdo Unánime de los Magistrados integrantes de las Secciones de lo Penal, 21/12/2006, en *Diario La Ley*, núm. 6667, Ed. La Ley, Madrid, Marzo\_2007. Punto 3º: *El citado precepto no es de aplicación al joven condenado por sentencia firme con anterioridad al 1.1.2007, sí para el que cometa un ilícito durante el período de su vigencia o anteriormente, incluso aunque en el procedimiento haya recaído sentencia en primera instancia y esté pendiente de recurso*; DOLZ LAGO, M. J.: *Comentarios a la Legislación penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007. Pág. 1(44 y 45) a 454; CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: Circular 5/2007, de 4 de enero de 2007. Disponible en Internet: <http://www.icava.org/legislacion/transitorio1821.pdf>. Pág. 1 a 3. Citados por: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «La reforma de la ley penal del menor por la LO 8/2006», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, Ed. Junta de Castilla y León, Mayo\_2008. Disponible en Internet:



General del Estado, corroborado por el Tribunal Supremo, señaló que dicho precepto nunca ha estado vigente<sup>411</sup>.

Y ello porque la vigencia de dicho art. 4 fue suspendida en dos ocasiones consecutivas: la primera por un plazo de dos años, mediante la DT Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre<sup>412</sup>, y la segunda, a través de la DT Única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores<sup>413</sup>. El mero cotejo de las fechas pone al descubierto el conflicto interpretativo: mientras la LO 8/2006, de 4 de diciembre, entra en vigor el 5 de febrero de 2007, la moratoria del art. 4 suspendida por la LO 9/2000, de 22 de diciembre y la LO 9/2002, de 10 de diciembre, habría concluido el 1 de enero de 2007.

Sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 5/2006, niega la vigencia del art. 4. Al respecto señala que, no cabe duda que un precepto legal que nunca ha llegado a entrar en vigor produzca efectos durante el período de *vacatio legis* que la propia ley deroga. Máxime cuando la intención del legislador era derogar ese precepto en cuestión. La única razón que explica su pervivencia es la de un error material teniendo en cuenta el contexto de la ley con los antecedentes históricos y legislativos a los que se remite el art. 3.1 del CC. Ya que sin duda, el trámite parlamentario para la aprobación de la ley fue difícil y no carente de vicisitudes.

La Fiscalía señala varias razones para mantener la no vigencia del precepto: todas las leyes penales que se suceden en el tiempo son en el mismo sentido de no aplicación de la «Ley del Menor» a los «jóvenes»; la aplicación facultativa del precepto no es generadora de expectativas jurídicas equiparables al derecho fundamental previsto

---

[http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/\\_/1213607855547/Redaccion](http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1213607855547/Redaccion). Pág. 13(21-25) a 47.

<sup>411</sup> Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del art. 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Pág. 1 a 8; TRIBUNAL SUPREMO: STS núm. 502/2007, de 4 junio 2007 [ED 2007/70155]. FJ 2º: *Ante el craso error material del legislador..., la suspensión ha de entenderse prorrogada tácitamente hasta que gane vigencia penal la nueva norma. Y ello pese a que se diga que: el hecho de haber estado en vigor el texto derogado en el corto período que va del 1 de enero al 5 de febrero de 2007.*

<sup>412</sup> LO 9/2000, de 22 de diciembre, cit. DT Única. Modificada por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE núm. 296, de 11 de diciembre).

<sup>413</sup> Ley Orgánica 9/2002, cit. DT Única: *Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007.*

en los art. 9.3 y 25.1 de la CE de aplicación de una ley penal más favorable al reo; a salvo además de la aplicación del principio del «superior interés del menor», tratando de convertir en menor a quien en virtud de la edad no lo es. A salvo de los problemas materiales para su aplicación.

En consecuencia, la LORRPM nunca se ha llegado a aplicar a esta franja de edad.

## **9. El Derecho penal de menores y la justicia juvenil actualmente vigentes.**

### **9.1. El principio resocializador, inspirador del derecho sustantivo, procesal y de ejecución de la LORRPM.**

Paradójicamente, la idea de resocialización, como la de tratamiento, que inspiran el Derecho penal juvenil en España, son radicalmente ajenas a los postulados y dogmas del Derecho penal clásico, que profesa el conocido axioma del iusnaturalista racional de Hugo Grocio: cuando el reo ha violado un precepto del orden jurídico, merece un castigo y debe ser sancionado<sup>414</sup>. Postulado que equivale al principio retributivo del idealismo alemán de Kant, Hegel y Jakobs, de la pena «justa y merecida».

Sin embargo, el Derecho penal de menores no deja de entenderse como reacción del Estado frente al delito cometido por el menor infractor, observando así los fines tradicionales del Derecho penal, aún cuando los medios sean preferentemente educativos<sup>415</sup>. Por lo tanto, el finalidad es preventivo-general, la protección de los

---

<sup>414</sup> Huigh Van Groot, llamado Hugo Grocio, jurista y diplomático del siglo XVII. Desarrolla la primera teoría independiente del Derecho penal, que fundamenta en la naturaleza racional del hombre. Considerado el creador de la escuela racionalista del Derecho natural, derivado del carácter racional del hombre y, por lo tanto, uniforme y universal, concibe el Derecho penal como un derecho de carácter contractual: el que comete un delito se obliga a sufrir una pena, que es su consabida consecuencia.

<sup>415</sup> LORRPM, cit. EM, II, 6: *Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto,*

bienes jurídicos, la defensa de la sociedad, pero con medios resocializadores, no cabiendo separar ambos contenidos. Lo que hace que, tras trece años de la «Ley del Menor», sigamos cuestionándonos la (in)compatibilidad de la finalidad educativa con los fines y principios del Derecho penal<sup>416</sup>.

En sentido estricto, el principio resocializador está cargado de un profundo sentido humanitario, que aplicado al delincuente juvenil, al igual que si se tratara de una persona adulta, implica –o debiera implicar– que el Derecho penal trate de evitar el efecto estigmatizante que conlleva la consideración del menor como infractor de la ley penal, es decir, presunto autor de un delito o falta por un expediente de reforma incoado en la Fiscalía de Menores<sup>417</sup>. La responsabilidad del menor es penal y por delito<sup>418</sup>. Es por ello que este principio deba, al menos, asumir con todas sus consecuencias la

---

*competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.*

<sup>416</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo derecho penal juvenil*, ob. cit. Pág. 30; CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 3.

<sup>417</sup> LORRPM, cit. Art. 1.1: *Esta ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales.*

<sup>418</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo derecho penal juvenil*, ob. cit. Pág. 30; CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 4. «La intervención del sistema legal suele aportar el joven infractor una experiencia negativa que marca el comienzo de las carreras delictivas y de la llamada *desviación secundaria*. Su impacto, más que resocializador o pedagógico, puede calificarse de *estigmatizante*. Ello explica la moderna tendencia de resolver los conflictos y controversias al margen de las instancias oficiales del control social formal y la excelente acogida de las denominadas *sanciones informales*: se trata de evitar la impronta indeleble y traumática que deja en el joven infractor su primer contacto con el sistema legal». Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 269. Como señala este autor, el concepto de «desviación secundaria» fue utilizado por vez primera por Edwin M. Lemert en 1951. Con su teoría, pretende demostrar que la *desviación* es un producto de la interacción entre individuos y la reacción de la sociedad a los mismos. «Lemert introducirá una distinción conceptual en la noción de desviación social, a partir del análisis de cómo el individuo desviado organiza subjetivamente su conducta hasta el punto de transformarla en roles para la actuación. Lemert distinguirá así entre la *desviación primaria* y *secundaria*. La *desviación primaria* puede entenderse como la respuesta del individuo frente a una situación de necesidad extrema que lo impele a cometer un acto delictivo, o a infringir las normas sociales. A partir de la identificación de este individuo como desviado se inicia un proceso progresivo de desviación, la *desviación secundaria*, en el cual la identidad desviada de éste se verá crecientemente reforzada por la reacción que la sociedad dará a sus actos, al encerrarlo en instituciones totales de castigo y control». Vid. GUARNÉ CABELLO, B.: *Representación y cultura audiovisual en la sociedad contemporánea*. En: ARDÈVOL PIERA, E.; MUNTANOLA THORNBURG, N. (Coord.), Ed. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2004. Pág. 1(116) a 440. El propio Lemert concluye cómo la *desviación primaria* puede convertirse en *desviación secundaria* como resultado de las reacciones negativas de la sociedad. Cfr. LEMERT, E.M.: *Social Pathology. A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behavior*, Ed. McGraw-Hill, New York, U.S., 1951. Pág. 1(75 y 76) a 459.

naturaleza social de la delincuencia juvenil, con todo lo que eso implica a los solos efectos de una política-criminal adecuada<sup>419</sup>.

Quiero reiterar que la ciencia empírica demuestra que, en la inmensa mayoría de los casos, el comportamiento delictivo del menor infractor suele ser algo puntual durante la adolescencia, que no necesariamente marca el comienzo de una carrera delictiva. La mayoría de los menores que delinquen no vuelven a hacerlo alcanzada la madurez, lo que no significa que para todos se alcance recién cumplidos los dieciocho años. De ahí que la «curva de la edad» y la «paradoja de Rubin» permitan contextualizar mejor el significado del hecho delictivo en el menor infractor. Como ya ha quedado expuesto en varios momentos a lo largo de este estudio.

Pensemos que para el Derecho penal, el delito –bien sea cometido por un menor de edad, o por una persona adulta- «no es sino el supuesto de hecho de la norma penal: una hipótesis para el pensamiento abstracto»<sup>420</sup>. Sin embargo, la delincuencia juvenil, si

---

<sup>419</sup> Comparto la opinión de aquellos autores que mantienen que «con independencia del sistema concreto y definitivo que se adopte, abordamos una cuestión enormemente conflictiva, cuya eventual solución se encuentra sembrada de dudas y vacilaciones, como corresponde a la particular dinámica delictiva que caracteriza a este tipo de delincuencia, ya que, no en vano, ésta ha sido, es y será siempre para el especialista una materia de estudio particularmente resbaladiza y llena de incógnitas por despejar, debido, en esencia, al dato biológico de la corta edad que distingue a este peculiar elenco de infractores, quienes, a pesar de haber cometido un delito o una falta, estando como están inmersos en un proceso evolutivo de desarrollo personal, aún sin terminar, ni pueden ni deben recibir el mismo tratamiento sancionador que prevé la legislación penal ordinaria para los delincuentes adultos, en base a las razones educativas y resocializadoras, ya mencionadas». Vid. CARMONA SALGADO, C.: «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 04-03, Enero\_2002. Disponible en Internet: [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-03.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html). Cfr. DOLZ LAGO, M. J.: *Comentarios a la legislación penal de menores*, ob. cit. Pág. 27-34 y 41-52; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la L.O. 5/2000, de 12 de enero». En: RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, I.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (Eds): *Los menores ante el Derecho. Responsabilidad, capacidad y autonomía. Estudio de Derecho Comparado*, Ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2005. Pág. 73-169; ANDRÉS PUEYO, A.: «Violencia juvenil: realidad actual y factores psicológicos implicados». Proyecto MCYT-SEC2001-3821-C05-01, en *Revista Española de Enfermería*, núm. 1, Vol. 29, Ed. Rol, 2006. Pág. 1a 23; FONAGY, P.: «Towards a developmental understanding of violence», en *British Journal of Developmental Psychiatry*, núm. 183, Ed. Royal College of Psychiatrists, Londres, 2003. Pág. 190-192; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: «Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores», ob. cit. Pág. 1 a 28; RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M.: «Problemática jurídica de la delincuencia de menores». Cursos y congresos de la Universidad de Santiago de Compostela: *Delincuencia juvenil*, A.G. Galicia, Vigo, 1973. Pág. 213.

<sup>420</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 87. El autor alude al concepto criminológico de delito propuesto por el Prof. Serrano Maíllo: «Delito es toda infracción de normas sociales recogidas en leyes penales que tienda a ser perseguida oficialmente en caso de ser descubierta». Cfr. Del mismo autor: *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 96 y 97; JIMÉNEZ BURILLO, F.; CLEMENTE DÍAZ, M.: *Psicología social y sistema penal*, Ed. Alianza Universidad Textos, Madrid, 1986.

la comparamos con la delincuencia de adultos, su mayor repercusión social resulta incuestionable: pues se trata de una delincuencia expresiva, simbólica, con mensaje, provocadora, de mayor impacto que la delincuencia de adultos, por la particular dinámica delictiva que caracteriza a la delincuencia juvenil. Además, la gran expectativa social que genera busca una respuesta urgente y rápida, a muy corto plazo, para olvidarse de las soluciones, hasta el punto de desentenderse de la etiología del problema de la delincuencia juvenil, como de las garantías del menor infractor. Por lo que la esencia humanitaria del principio resocializador queda en entredicho.

Un sector de la doctrina penal se plantea la difícil combinación en la violencia juvenil de fines de prevención general y especial. Entienden que al tratarse de un «fenómeno social», que entra necesariamente en relación con el ordenamiento punitivo, dado que el comportamiento violento en la mayoría de los casos no es sólo una conducta antisocial, sino que pueden ser constitutivo de delito, supone la lesión o puesta en peligro de intereses que se consideran prioritarios para el total desarrollo de la personalidad y la convivencia social. Además, puesto que se trata de menores de edad, hace cuestionarse la conveniencia de utilizar la sanción penal en estos casos: o lo que es lo mismo, hasta qué punto está legitimada la conminación de la pena si no es capaz de evitar futuros delitos. En último término, la cuestión no es más que la que se plantea en otras materias: por un lado, la necesaria protección de los intereses que pueden ponerse en peligro o lesionarse por el empleo de esta violencia, y de otro, el interés del propio joven o menor<sup>421</sup>.

Sin embargo, basar el Derecho penal de menores en la «peligrosidad de la conducta» juvenil y la necesidad de educar al menor infractor mediante «medidas» carentes de sentido aflictivo, participa de las mismas connotaciones negativas que el Derecho penal común. Pues, por mucho que se module la responsabilidad penal del menor y la naturaleza de la reacción contra su hecho delictivo, ambas se aplican por el delito cometido, por lo que el efecto estigmatizante del menor como autor del delito realmente contamina toda la «intervención» que se realice con él<sup>422</sup>.

---

<sup>421</sup> Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: «Marco legal de la violencia juvenil». En: RUIDÍAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDERSA, Madrid, 1998. Pág. 65(66) a 73.

<sup>422</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 30. No puede olvidarse que la delincuencia juvenil conlleva, con respecto a la delincuencia de la persona adulta, un

En consecuencia, la finalidad reeducativa y resocializadora de la intervención penal con el menor infractor, por razones de prevención especial, inspiradora de la responsabilidad penal de los menores, tanto desde el punto de vista de Derecho sustantivo, procesal y de ejecución, no parece muy compatible con los principios y los fines del Derecho penal.

En puridad, un Estado Social y Democrático de Derecho como el español no puede conformarse con un Derecho penal disuasorio-preventivo, sino que ha de propugnar también –en la medida de lo posible– la neutralización de los efectos negativos inherentes al castigo y la intervención positiva con el menor infractor, que, lejos de estigmatizarle con la marca delincuente, le habilite para integrarse y participar nuevamente en la sociedad, recuperando su dignidad y actividad cotidiana, sin limitaciones ni condicionamientos especiales, como ampara el art. 14 de la CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

## **9.2. Bases de la responsabilidad penal del menor infractor. El contrapunto de la culpabilidad.**

Hablar de modelo de responsabilidad penal del menor infractor, quedando perfectamente identificada su naturaleza penal, implica reconocer que la finalidad del Derecho penal juvenil es la reacción del Estado frente al delito o falta cometidos por el menor de edad en defensa de la sociedad, con todas sus consecuencias, incluida aquélla que implica el contrapunto de la culpabilidad, aún cuando el Estado reaccione ante el menor infractor con medios educativos.

---

componente evolutivo, que hace referencia a un breve lapso de tiempo a lo largo del cual la conducta violenta puede desaparecer, estabilizarse o aumentar, no pudiendo confundirse con la violencia juvenil ni con el comportamiento antisocial del menor de edad. Utilizados de forma similar los tres términos, sin embargo la delincuencia juvenil hace referencia a esa categoría legal que califica de menor infractor al individuo de entre catorce y dieciocho años (o veintiuno en algunos casos), que ha cometido una o más acciones punibles definidas en el Código penal o en las leyes penales específicas. Cfr. ANDRÉS PUEYO, A.: «Violencia juvenil: realidad actual y factores psicológicos implicados», ob. cit. Pág. 7.

El Derecho penal de menores actualmente vigente se configura con el mismo marco normativo sustantivo que el que resulta aplicable para los adultos: es decir, el CP y las leyes penales especiales. Si bien, conscientemente guiado «por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución»<sup>423</sup>. Es decir, ante la comisión de un hecho delictivo por el menor infractor, no se discute la aplicación del Derecho penal, sino cómo se lleva a cabo.

No puede olvidarse que a la función encomendada al Derecho penal –la protección de intereses considerados relevantes para la convivencia, en cuanto que son necesarios para cumplir con los principios inspiradores del ordenamiento jurídico en su conjunto- existen unos límites derivados de la Constitución y que se imponen al Estado como titular del *ius puniendi*, para garantizar los derechos y libertades individuales.

En primer lugar, el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la CE, en su triple faceta en el ámbito sustantivo, procesal y de ejecución, es decir, sólo la conducta descrita como delito o falta en una ley penal podrá considerarse como tal, y sólo podrá imponerse la pena señalada en la ley al delito o falta de que se trate; la condena sólo será posible a través de un procedimiento judicial con todas las garantías legales; la pena deberá cumplirse de acuerdo con la ley<sup>424</sup>. En segundo lugar, el

---

<sup>423</sup> Vid. LORRPM, cit. EM, II, 6.

<sup>424</sup> El principio de legalidad, cuya formulación (*nullum crimen*) tiene su origen en Feuerbach –asoció este principio a su teoría de la prevención general negativa de la «coacción psicológica»-, constituye el primer principio limitador del *ius puniendi* estatal. Es un límite *formal* porque afecta no tanto al contenido mismo del poder punitivo del Estado como a sus presupuestos y condiciones de ejercicio. Las garantías que entraña este principio (criminal, penal, jurisdiccional y penitenciaria o de ejecución) limitan el ejercicio que el Estado puede hacer del *ius puniendi*. Incide de forma decisiva en el campo de las fuentes e interpretación de la ley penal, excluyendo la costumbre (*lex scripta*) y la analogía (*lex stricta*), además de fundamentar la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo (*lex previa*). Finalmente, la ley penal debe describir la conducta prohibida con claridad y exhaustividad (*lex certa*), condicionando, en

principio de intervención mínima, pues sólo se justificará el empleo del Derecho penal cuando el interés público merezca ser protegido, y cualquier limitación o restricción de derechos fundamentales esté debidamente justificada<sup>425</sup>. En tercer lugar, el principio de proporcionalidad, es decir, para que la sanción penal sea eficaz y respetuosa con la dignidad de la persona a la que se va a castigar, deberá ser proporcional tanto a la gravedad del hecho como a la culpabilidad del sujeto<sup>426</sup>. Sin olvidar –dicho lo anterior– que el Derecho penal es el medio de control social punitivo más formalizado, por la gravedad que comporta<sup>427</sup>.

Si entendemos el Derecho penal de menores como reacción del Estado frente al delito del menor infractor con medios preferentemente educativos, no se podrá negar

---

consecuencia, la técnica legislativa a utilizar para formular y definir en cada caso la prohibición. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 475-528.

<sup>425</sup> El principio de intervención mínima tiene por principal objetivo verificar la racionalidad y el coste social de los medios con los que cuenta el Estado para el control de la delincuencia. Sometiendo el castigo a límites muy rigurosos, tal y como prevén las teorías utilitaristas o prevencionistas, de tal forma que la pena realmente pueda evitar la criminalidad y neutralice la peligrosidad del penado. El destinatario del principio de intervención mínima del Derecho penal es sólo el legislador, no el Juez, a quien corresponde asegurar que la función que cumple el Derecho penal (proteger el bien jurídico) y el impacto negativo que el castigo produce en los bienes fundamentales de la persona, sea razonable. Y siempre, cuando no ofrezcan garantías de éxito cualquier estrategia de naturaleza no penal. De ahí que este principio signifique que el Derecho penal es la *ultima ratio* de entre las posibles. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 557-571. Un sector de la doctrina –García-Pablos, Mir Puig, Landrove Díaz, Cobo del Rosal o Vives Antón– entiende que este principio de intervención mínima se concreta doblemente: el principio de subsidiariedad (el Derecho penal como *ultima ratio*, jerarquizando, optimizando y racionalizando los medios disponibles para responder al delito de forma adecuada y eficaz) y el principio de fragmentariedad (intervención selectiva pues no protege todos los bienes jurídicos, sino sólo los más fundamentales y frente al ataque más intolerable que pueda amenazarlos). Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 89 y ss; LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho Penal de menores*, ob. cit. Pág. 25 y ss; COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 75 y ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «El principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *ius puniendi*». En: GONZÁLEZ RUS, J. J. (Coord.). Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, en *Estudios Penales y jurídicos*, Córdoba, 1996. Pág. 123. En contra de la subsidiariedad y la fragmentariedad de la intervención mínima se muestra Díez Ripollés, quien construye el principio de esencialidad, exigiendo no sólo que el Derecho penal se constituya efectivamente como *ultima ratio*, sino que además tenga lugar una afectación del interés público, es decir, que trascienda a la relación autor-víctima, incidiendo sobre los intereses sociales. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003. Pág. 1(141-147) a 205. Citados en: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 558-571.

<sup>426</sup> El principio de proporcionalidad afecta al injusto del hecho (relación entre la gravedad del injusto y la de la pena), y difiere del principio de culpabilidad porque éste alude a la atribuibilidad del injusto a su autor. Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 97-111; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*, ob. cit. Pág. 162; COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 65, 80; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 571-587.

<sup>427</sup> Sobre la función encomendada al Derecho penal: cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 228; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 101 a 129; KAISER, G.: *Criminología*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1978. Pág. 83.



que el fin es la protección de los bienes jurídicos, la defensa de la sociedad, con medios resocializadores. Pero no cabe separar ambos contenidos. Algún autor como Garrido Genovés mantiene que el contenido penal y el educativo son difícilmente compatibles, postura que comparto<sup>428</sup>. Si bien, la reacción no penal prevista por la «Ley del Menor» está sometida a restricciones, basadas en los principios de legalidad, de intervención mínima del Derecho penal y de proporcionalidad. Pero la justicia penal de menores es Derecho penal puro.

Afirman Cuello Contreras y su discípula Martínez-Pereda Soto que desde que el Derecho penal dejó de fundamentarse en la retribución, se ha fundamentado en principios de prevención general, en defensa de la sociedad, apareciendo la culpabilidad (heredera, si se quiere, del fundamento desfasado de la retribución, pero con un contenido garantista propio, nunca superado) como límite de la prevención, y en la prevención especial o resocialización como meta de la pena impuesta por la necesidad de proteger bienes jurídicos en los límites de la culpabilidad. Así ocurre en el ordenamiento jurídico español, recogido en el art. 25.2 de la CE y el CP de 1995. De ahí que entiendan que no es la retribución lo que separaría al Código Penal de una Ley penal juvenil, por lo que se refiere a los fines perseguidos, de la misma forma que tampoco lo es la orientación educativa o resocializadora, pues también la resocialización es fin del Derecho penal de adultos. Simplemente, hay un límite a partir del cual se antepone la defensa social a las necesidades educativas, lo que no implica que el Derecho penal juvenil sea incompatible con el principio resocializador, sino que ha de compatibilizarse con el principio de culpabilidad, que limita, a su vez, lo educativo<sup>429</sup>.

Ambos autores entienden que la pretensión de la «Ley del Menor» es tranquilizar a la sociedad y motivar al menor en la evitación de episodios antisociales que, por su mayor intensidad, podrían iniciarle en una «carrera delincencial». Sin embargo, tal y como está configurado el Derecho penal español, ambas pretensiones son

---

<sup>428</sup> Cfr. GARRIDO GENOVÉS, V.: *Congreso Nacional de Criminología*, Granada, 7-9 mayo 2014. Hay autores que piensan que «pena y educación no forman una antítesis irreconciliable». Vid. ABEL SOUTO, M.: «Los menor, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000», en *Revista Actualidad*, núm. 43, 2003. El autor lo toma de: JÄGER, C.H.: «Jugend zwischen Schuld und Verantwortung. Was kann eine strafzweckorientierte Schuld –und Verantwortungslehre zum Verständnis des Jugendstrafrechts beitragen», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 6, 2003. Pág. 481.

<sup>429</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 3.

incompatibles. Pues si se admite que el fin del Derecho de menores es la defensa social, no cabrá negar su naturaleza penal, pero con todas sus consecuencias, incluida aquella que implica la culpabilidad; si se quiere motivar al menor, el Derecho de menores no puede ser penal, habiéndose de sacrificar la defensa de la sociedad (el riesgo del daño) a la educación del menor, prescindiéndose del control social siempre perturbador para el fin educativo. En consecuencia, hay un límite a partir del cual se antepone la defensa social a las necesidades educativas<sup>430</sup>.

Concluyo con palabras del Prof. García-Pablos de Molina: «La criminalidad de jóvenes y menores permite constatar la limitación e insuficiencias estructurales del Derecho como técnica de solución de los conflictos sociales. Porque el Derecho es sólo un lenguaje: el lenguaje de la seguridad jurídica, de la certeza, de la igualdad. El Derecho arbitra así las soluciones, las instrumenta y da forma. Pero no es la solución misma. Por decirlo de otro modo: el Derecho es la melodía, pero no la partitura, la forma, no el contenido»<sup>431</sup>.

### **9.2.1. Principios sustantivos de la responsabilidad penal del menor.**

No es baladí el orden que se sigue para desglosar los principios inspiradores de la responsabilidad penal del menor infractor, ya que la experiencia profesional con los menores de edad que delinquen corrobora que la siguiente gradación es la empleada *de facto* en la justicia penal juvenil española, aún cuando *de iuris* el superior interés del menor debiera ser siempre el primero de los principios jurídicos informadores de la legislación penal juvenil.

---

<sup>430</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 3. A este respecto, Silva Sánchez señala que la desjudicialización no sólo supone una «importante disminución de las garantías», sino también «una significativa pérdida de los efectos de prevención general negativa y positiva». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 171.

<sup>431</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de menores y jóvenes», ob. cit. Pág. 257.

### 9.2.1.1. El principio de responsabilidad penal del menor.

El art. 5 de la LORRPM establece las «bases de la responsabilidad de los menores». Aún cuando este encabezamiento que introduce el artículo no habla explícitamente de responsabilidad penal, sin embargo sí se deduce del propio título de la ley como de su tenor literal, concretamente el apartado 1: «Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el art. 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal».

Como ya se ha expuesto con anterioridad, ante la comisión de un hecho delictivo por el menor infractor, no se discute la aplicación del Derecho penal, sino cómo lo hace.

La eximente de minoría de edad no se basa en una presunción de inimputabilidad sino «en la moderna convicción político-criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores ni ir a la cárcel como ellos, sino que han de ser medidas educativas no penales sino preventivas»<sup>432</sup> las que se apliquen para el menor infractor.

Hemos visto que el Texto Refundido del CP de 1973 establecía en su art. 8.2 la exención de responsabilidad criminal del menor de dieciséis años. Si alcanzada esa edad el menor llevaba a cabo un hecho castigado por la ley penal, sería entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores<sup>433</sup>.

Con la aprobación del CP de 1995, su art. 19 no ofrece ninguna duda respecto de la naturaleza penal del régimen aplicable al menor de dieciocho años que lleva a cabo una acción delictiva castigada por nuestro ordenamiento jurídico, quien quedará sometido a la aplicación de una ley de «responsabilidad penal». Pues el mencionado

---

<sup>432</sup> Vid. MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit. Pág. 516.

<sup>433</sup> CP de 1973, cit. Libro I, Tít. I, Cap. I, art. 8: *Están exentos de responsabilidad criminal: 2º El menor de dieciséis años Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernamental para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice.*

precepto no dice que el menor de dieciocho años esté exento de responsabilidad penal, sencillamente que el menor de esa edad «no será responsable criminalmente con arreglo a este Código», y sí «con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor». Por lo que indiscutiblemente el art. 19 del CP regula, no sólo la aplicación de un régimen penal aplicable al menor de dieciocho años que haya delinquido –bien es verdad que distinto al del adulto, pero en definitiva penal-, sino que rebaja la edad penal de los dieciocho a los catorce años.

Comparto la opinión de un sector de la doctrina que señala que «esta técnica es sumamente defectuosa, vulnera la seguridad jurídica y adolece de una profunda insuficiencia de política criminal, objeciones, todas ellas, que se habrían obviado si el legislador hubiese actuado de forma justamente opuesta a como lo ha hecho; esto es, estableciendo claramente en el art. 20, entre las restantes eximentes, la edad mínima por debajo de la cual no cabe ningún título de imputación penal (que en el caso de la minoría de edad, al igual que ocurre con la enfermedad mental y equivalentes, los Tribunales de justicia y la doctrina científica se encargarían de interpretar en clave culpabilística: ausencia de culpabilidad, esencia de ambas eximentes), añadiéndose un párrafo donde se estableciera qué regímenes especiales se prevean para algunos tramos de edad superiores a ese mínimo que se estimen oportunos»<sup>434</sup>.

En coherencia con este postulado, la técnica jurídica y la política criminal exigen que el ordenamiento jurídico determine con claridad, sin ambigüedades, cuál es el límite de edad por debajo del cual el menor infractor no responde de su actuar ilícito, que en el caso de España está en los catorce años cumplidos. Lo contrario conlleva que los tribunales necesariamente deban determinar, caso por caso, la imputabilidad o inimputabilidad del menor infractor.

---

<sup>434</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 2. Los autores critican la ambigüedad del art. 19 y equiparan, con acierto, el dislate jurídico que supone la regulación del Derecho penal de menores con la regulación de las medidas de seguridad en un texto legal distinto al CP, si «éste se limitara a establecer en el art. 20. 1 y 3 que quien sufre alguna anomalía que le impide comprender el significado de la prohibición del Código Penal y de actuar en consecuencia está exento de las penas allí previstas, conteniendo la remisión a una ley de medidas de seguridad y curación futura. ¿Serían equivalentes y adecuadas ambas técnicas?».

Por el art. 20 del CP de 1995, concretamente sus apartados 1 y 3, cabría la determinación de responsabilidad penal del menor infractor en base al criterio cronológico (por debajo de los dieciocho años) y al criterio del discernimiento (para determinar su responsabilidad penal, en base al principio de culpabilidad. Ahora bien, «si históricamente se ha acudido al criterio de la edad cronológica (cualquiera que ésta fuese y cualesquiera que fuesen sus efectos, exculpatorios o meramente atentatorios) ha sido por razones de política criminal y de seguridad jurídica bastante convincentes, no existiendo, que se sepa, ni menos se mencione, ninguna razón, sino todo lo contrario (mayor protección de la infancia), que avale prescindir del criterio cronológico»<sup>435</sup>.

En consecuencia, y con la perspectiva que da la aplicación de la Ley del Menor, resulta a todas luces frustrado el intento del art. 19 de adaptar su contenido a la CEDN de 1992, que establece claramente que la infancia llega hasta los dieciocho años, y por debajo de dicho límite de edad no cabe la aplicación del Derecho penal –ni siquiera un derecho penal de menores- al menor infractor<sup>436</sup>. Y de igual modo, en contradicción con su antecedente inmediato, la CDN de 1989, que admitía el sometimiento del menor de dieciocho años al Derecho penal, pero en oposición a la aplicación de la medida de internamiento, aún cuando se la etiquete de educativa por tener la denominación de medida, y no de pena<sup>437</sup>.

La EM de la LORRPM reconoce específicamente el principio de responsabilidad penal del menor infractor, «en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En segundo término, la edad límite de dieciocho

---

<sup>435</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 2; *El nuevo derecho penal*, ob. cit. Pág. 34 y 35 junto con la bibliografía citada.

<sup>436</sup> CEDN, cit. Art. 8.1: *A efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente.*

<sup>437</sup> CDN, cit. Art. 40.4: *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

años establecida en el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años»<sup>438</sup>.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de la «Ley del Menor» es eminentemente «penal», aún cuando, contradictoriamente con la propia naturaleza de la misma, pretenda no orientarse al principio de culpabilidad –uno de los fines del Derecho penal– y sí a la educación del menor infractor, pero violando el principio de culpabilidad<sup>439</sup>. Si bien, de lo que no cabe ninguna duda es que se trata de un Derecho penal específico, aplicable a los menores infractores de la ley penal con edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho años –criterio basado en la evolución psicosocial del menor–, con unas consecuencias diferentes que las señaladas para los adultos en la misma ley penal (tal y como establece la normativa internacional), precisamente por tratarse de menores de edad, configurándose un sistema de medidas orientadas a la educación del menor. Pero, como ya he dicho, el marco normativo de derecho sustantivo es el mismo que el de adultos: el CP y las leyes penales especiales. Lo que hace que «la justicia de menores se mueva permanentemente en la cuerda floja, en un difícil equilibrio entre educación y control social»<sup>440</sup>.

#### **9.2.1.2. El principio de legalidad penal en su vertiente sustantiva.**

##### **9.2.1.2.1. Aspecto objetivo o formal: el principio de tipicidad.**

Sólo la ley crea el delito y las medidas aplicables al menor que la infringe, aún cuando sólo se exija la responsabilidad penal del menor de edad mayor de catorce años y menor de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delito o falta en el

---

<sup>438</sup> LORRPM, EM, I, 4.

<sup>439</sup> LORRPM, EM, II, 7: *La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales.*

<sup>440</sup> Vid. MARTÍNEZ SERRANO, A.: «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000». En: ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. (Dir.): «La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. Pág. 19(23) a 39.

código penal o las leyes especiales<sup>441</sup>. Y ello, a pesar de la necesaria flexibilidad que ha de tener el Juez de menores a la hora de acordar las medidas «para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor en orden a obtener su efectiva reinserción social»<sup>442</sup>. Cuestión ésta conflictiva, pues una valoración exclusiva de la conducta antisocial del menor infractor respondería a un «Derecho penal de autor», lo que haría que la «ley del menor» se alejase de los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho en que debe inspirarse el Derecho penal moderno<sup>443</sup>. El Juez tiene como límite la «tipificación contenida en los preceptos legales transgredidos», y debe tener en cuenta «la correlación entre delitos y faltas y las penas para ellos previstas»<sup>444</sup>.

De este modo, la legislación penal juvenil española trata de hacerse eco de la postura internacional sin lograrlo exactamente. El Segundo Congreso de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Londres en 1960, y que cobra gran actualidad en los albores del siglo XXI, deja perfectamente delimitados los límites de la «delincuencia juvenil». Se concluye a favor de la restricción del concepto «delincuencia juvenil» al estricto campo de la vulneración del Derecho penal sustantivo, excluyendo prácticamente los comportamientos antisociales o rebeldes, que conlleva el paso a la vida adulta<sup>445</sup>. En este sentido se

---

<sup>441</sup> LORRPM, cit. Art. 1: *Se perseguirá sólo la comisión de los delitos o faltas tipificados como tales en las leyes*. Modificado por la LO 8/2006, de 4 de diciembre. Cfr. CP, cit. Art. 10: *Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*. Cfr. MONTERO HERNANZ, T.: *Legislación Penal Juvenil Comentada y Concordada*, ob. cit. Pág. 47 y 48. Este principio cobra efectividad desde que se admite o inadmite la denuncia, según los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito o falta. Cfr. LORRPM, cit. Art. 16.2 y 43. Son leyes especiales: LO 12/1995, de 22 de mayo, de represión del contrabando; LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar; Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales; Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de Control de Cambios; Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

<sup>442</sup> Vid. STC núm. 36/1991, cit. FJ 7. En conexión con el art. 40 CDN.

<sup>443</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. LUZÓN PEÑA, D. M.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M.; DE VICENTE REMESAL, J. (Trad.), Ed. Civitas, 2ª Ed., Madrid, 1999. Pág. 176. Con respecto del menor de edad, la opinión pública es persistente en la afirmación frívola de que los menores en general abusan de su carácter de inimputables para delinquir de forma masiva, sin mostrar el más mínimo respeto por la libertad de los demás. Si bien, identificar al menor de edad con la delincuencia «gratuita» no hace sino contribuir al mantenimiento del Derecho penal de autor cuando se habla de delincuencia juvenil. Perdiendo de vista la popular afirmación de que «toda generalización resulta discriminatoria».

<sup>444</sup> Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC núm. 61/1998 (Sala 1ª), de 17 de marzo [LA LEY 4211/1998], AH 3. Cfr. STC núm. 36/1991, cit. FJ 7.

<sup>445</sup> Cfr. MONTERO HERNANZ, T.: *Legislación Penal Juvenil Comentada y Concordada*, ob. cit. Pág. 47; ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Second United Nations Congress on the Prevention of*

expresa la Regla 56 de las «Directrices de Riad» de la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>446</sup>.

El problema es que muchos de los comportamientos antisociales o rebeldes del menor de edad derivan en una conducta tipificada como delito o falta. Pero no por ello tenemos delante un delincuente en potencia –o en acto, según se mire–, sino simplemente un individuo en evolución, cuyas aptitudes naturales cambian con cierta rapidez, a veces en constante conflicto personal y con su entorno, lo que da lugar a intensos problemas emocionales y conductuales que pueden derivar en una conducta delictiva.

La LORRPM se aplica a una categoría de menores imputables por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el CP y las demás leyes penales. Siendo así que la legislación penal juvenil se sujeta al principio de legalidad penal al que ya he hecho referencia, reconocido en el art. 25 de la CE, conocido históricamente con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, concreción del principio de legalidad genérico del art. 9 de la Carta Magna<sup>447</sup>. Esta previsión constitucional viene a admitir el llamado «Derecho penal del hecho»: sólo si el menor imputable en virtud de la edad realiza una conducta tipificada en el CP como delito o falta, se le puede imponer una sanción, es decir, que la punibilidad se vincula a una acción ilícita tipificada legalmente, siempre que el menor infractor haya alcanzado la edad para ser considerado imputable penalmente. Es el principio del «superior interés del menor» el que obliga a modificar los parámetros sustantivos y procesales de la responsabilidad del menor infractor dando entrada a un procedimiento penal más flexible que el de adultos, y a la imposición de sanciones que –en teoría– deberán regirse por ese «interés superior», lo que obliga a distinguirlo del Derecho penal de adultos en aras de subrayar la orientación preventivo-especial del sistema penal juvenil en su conjunto.

---

*Crime and the Treatment of Offenders*, cit. Pág. 16 y 17; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: «El II Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 19, fasc./mes 3, 1966. Pág. 517(525 y 526) a 529.

<sup>446</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: «Directrices de Riad», cit. Regla 56: *A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.*

<sup>447</sup> CE, cit. Art. 25.1: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.* Y art. 9.3: *La Constitución garantiza el principio de legalidad...*



#### **9.2.1.2.2. Aspecto subjetivo o material: el principio de imputabilidad penal. ¿Una ficción jurídica?**

En nuestro ordenamiento jurídico, existe «responsabilidad» en la medida en que se puede atribuir al menor la comisión de un ilícito penal, atribución que entra en relación dialéctica con la orientación político-criminal de nuestro sistema penal en cuanto al concepto de «imputabilidad», que se va reconfigurando según la evolución social, por razones preventivo-especiales de una intervención penal en esta materia, y no sobre la base de una «presunción *iuris et de iure*» de inimputabilidad.

La LORRPM distingue entre «menor» infractor y «joven», para designar una franja de edades y etapas de la vida que se prolongan hasta el momento de la plenitud o madurez de la persona, al margen –en contradicción con la aplicación de la ley- del criterio cronológico.

Desde el CP de 1928 hasta el Proyecto de CP de 1994, antecedente inmediato del CP de 1995 actualmente vigente, todos los borradores, proyectos y anteproyectos de CP han reconocido y delimitado la responsabilidad penal exigible al menor infractor a partir de los dieciséis años cumplidos, a excepción del Proyecto de CP de 1980, que la situaba en los quince años, y el Anteproyecto de CP de 1983, que la situó por vez primera en los dieciocho años<sup>448</sup>.

Ya el art. 3 del Anteproyecto de 1994 distinguía cuatro segmentos de edades: hasta trece años, con la consideración terminológica de «niño»; de trece a dieciséis años, el «menor»; de dieciséis a dieciocho, bajo el término de «joven», y de dieciocho a veintiún años. La distinción de tantas franjas de edad parece apuntar a enfoques

---

<sup>448</sup> El Derecho penal contemporáneo lo componen los siguientes cuerpos normativos: CP de 1928, CP de 1932, Ley de Vagos y Maleantes de 1933, CP de 1944 de reforma parcial del viejo CP de 1848; CP de 1963 de 1963 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, que vino a sustituir la ley de Vagos y Maleantes de 1933; Texto Refundido del CP de 1973; textos prelegislativos del CP de 1995: Proyecto de CP de 1980, propuesta de Anteproyecto del CP de 1983, Borrador de Anteproyecto de CP (parte general) de 1990, Proyecto de Código Penal de 1992, Proyecto de CP de 1994, antecedente inmediato del CP de 1995 actualmente vigente. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 1 a 13; CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 17 a 28.

puramente de psicología evolutiva, aún cuando trate de trazarlos con criterios biológicos rígidos y apriorísticos como la edad cronológica<sup>449</sup>. Cuestión ésta que destila dogmática penal en estado puro, en especial razones de seguridad jurídica, según el legislador, distanciándose a todas luces de la aportación de otras disciplinas que, en materia de menores, son claves para afrontar con eficacia el problema que para la sociedad supone la delincuencia infantil y juvenil.

El Proyecto de Ley Orgánica de CP de 1994 contempla ya la elevación de la edad a los dieciocho años en su art. 20, si bien con remisión a la regulación de una ley de responsabilidad penal aplicable al menor de dieciocho años que hubiere llevado a cabo una acción delictiva castigada por nuestro ordenamiento jurídico. Y con precisiones si la edad del individuo que delinque oscila entre los 18 y los 21 años a que se refiere su art. 69<sup>450</sup>. Como consecuencia de ello, todos los grupos parlamentarios unánimemente elaboraron una Moción conjunta, en la que se recogieron los principios guía de la futura legislación de menores infractores, instando a la elevación de la edad penal a los 18 años, encontrando, en el ordenamiento jurídico español, un único precedente en el Anteproyecto de Código Penal de 1983. Propuesta avalada, además, por la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992 que ya había entrado en vigor<sup>451</sup>. Lo que implicaría que por debajo de dicha franja de edad no cabría ninguna reacción penal ante los hechos delictivos cometidos por el menor de edad<sup>452</sup>. Aún cuando sí responsabilidad, pero no penal.

No obstante, la determinación de la edad penal legal límite afecta exclusivamente a los presupuestos del sistema, no al contenido, ni a la calidad, ni a las consecuencias y efectos del mismo. De hecho, ni tan siquiera la normativa

---

<sup>449</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad penal de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 257 y 270-272. Sobre el puente evolutivo de la «adolescencia»: cfr. SHAPIRO, T.; HERTZIG, M. E.: «Desarrollo normal en la infancia y la adolescencia», ob. cit. Pág. 137-140. Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor: cfr. PANTOJA GARCÍA, F.: «Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor», ob. cit. Pág. 19 a 21.

<sup>450</sup> Proyecto de CP de 1944, cit. Art. 20: *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código Penal. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable de acuerdo a lo dispuesto en la ley penal juvenil y del menor.* Y el art. 69: *El mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la ley penal juvenil y del menor.*

<sup>451</sup> CEDN, cit. Art. 8.1.

<sup>452</sup> Cfr. Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, V Legislatura, núm. 99, Serie D, Mociones consecuencia de Interpelaciones Urgentes núm. 173/000037, Madrid, 17 de mayo de 1994. Pág. 17 y 18. Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es).

internacional especifica el significado de «niño», «adolescente», «joven», etc., pues sólo pretenden proteger al ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad. Por lo tanto, «lo trascendental no es la edad del destinatario del sistema, sino el sistema mismo: qué finalidades persigue, qué medidas y técnicas de intervención arbitra, cómo se articulan y aplican, a través de qué mecanismos procesales y con qué suerte de garantías, qué impacto producen de hecho en el joven y menor, etc.»<sup>453</sup>. Es decir: las consecuencias y los efectos, contenido del sistema. Cuestión ésta nada sencilla de perfilar.

### **9.2.1.3. El principio de intervención mínima.**

Resulta paradójico que históricamente la justicia haya sido concebida con el objetivo de solucionar pacíficamente los conflictos, cuando culturalmente asociamos la idea de justicia al concepto de castigo y, con frecuencia, el día a día de los procesos judiciales en que se ve inmerso el menor infractor acaban siendo así. Para, desgraciadamente, no resolver de raíz y definitivamente los conflictos, y mucho menos de forma ágil y eficaz.

Cuando hablamos del principio de intervención mínima como principio inspirador del Derecho penal mínimo para el menor infractor, no se refiere a lo que en sí significa tal principio: la despenalización de conductas merecedoras de escaso reproche social, y la consiguiente afirmación del principio acusatorio y la introducción del principio de oportunidad. Más bien se refiere a una proclamación de fines, los cuales, no por ser proclamados educativos o resocializadores, dejan de ser de carácter eminentemente penal. Sin embargo, lo que podría haber constituido una clara diferencia de fines en relación al Derecho penal de adultos –la finalidad educativa (y no culpabilista, ni de defensa de la sociedad) asignada a la medida judicial a imponer al menor infractor por la comisión de un hecho delictivo, en contraposición a la

---

<sup>453</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad penal de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 271. El autor apuesta por la relativización en la determinación de la edad de acuerdo con las orientaciones más realistas del Derecho Comparado, que optan por fórmulas más flexibles dando paso a un más amplio abanico de edades. Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A.: «La jurisdicción de menores en España: pasado, presente y futuro». Tesis Doctoral. MARTÍNEZ PEREDA, J. M. (Dir.), Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996. Disponible en Internet: <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0022901.pdf>. Pág. 1(90-116) a 344.

orientación predominantemente preventiva del delito del Derecho penal de adultos- al crear el legislador el Derecho de justicia juvenil, tan sólo se ha quedado en una mera proclamación de fines, no dejando de ser verdadero Derecho penal: al fin y al cabo su finalidad también es la protección del bien jurídico lesionado y la defensa de la sociedad en su conjunto, aunque la reacción del Estado frente al delito cometido por el menor infractor sea con medios educativos. Algún sector de la doctrina cataloga la legislación de justicia juvenil como un Derecho penal en miniatura: un Derecho penal especial, con un grado de autonomía e independencia cada vez mayor<sup>454</sup>.

Por tanto, el principio de intervención mínima, lo que en esencia debe pretender es que las conductas tipificadas como delitos o faltas, cuando son cometidas por un menor de edad, deben ser reprochables a su autor intentando la descriminalización de aquellas conductas de baja entidad desde el punto de vista de la ley penal, buscando soluciones alternativas mediante sistemas de *diversion* o mediación que den solución al conflicto de forma extrajudicial. El Prof. García-Pablos de Molina lo denomina «subsidiariedad de la intervención legal y naturaleza mínima de la intervención penal»<sup>455</sup>. Propugna una intervención penal mínima como última *ratio* y la nítida diferenciación entre las intervenciones orientadas al «control» del menor de las que persiguen la «asistencia» y «protección» del mismo<sup>456</sup>. En consonancia con la normativa internacional, en concreto la CDN de 1989 al consagrar en su art. 40 el

---

<sup>454</sup> Cfr. MONTERO HERNANZ, T.: «El principio de intervención mínima en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 7473, ref. D-279, Ed. La Ley, Madrid, Septiembre\_2010; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: «Modelos de Justicia Penal de Menores». VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRRAGO, M. D. (Eds.), *Derecho Penal Juvenil*, Colección: Estudios de criminología y política criminal, núm. 5, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2008. Del mismo autor: *Derecho Penal Juvenil Europeo*, Colección: Estudios de criminología y política criminal, núm. 4, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2005; HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *Derecho Penal Juvenil*, cit.; CUELLO CALÓN, E.: «El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. V, fasc. II, Madrid, 1952.

<sup>455</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad penal de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 276 y 277. El autor mantiene que, al ser la criminalidad juvenil un «problema social», debe ser el orden social –y no el sistema legal- el que ofrezca mecanismos realistas de solución a la conflictividad juvenil a través de medios de control social informales, más adecuados –y probablemente más efectivos- que el sistema de administración de justicia, que, en definitiva, forma parte del sistema de control social formal. «La subsidiariedad que se predica del “sistema penal”, debe predicarse, desde luego, con mayor razón del “sistema penal”. El Derecho Penal ha de reservarse para ciertos comportamientos (intolerables) de los adultos. El joven es un joven, no un adulto. Por tanto, ni la respuesta primaria al comportamiento conflictivo del joven o menor es la respuesta penal, ni penal debe denominarse el modelo de responsabilidad de jóvenes y menores o la ley que lo instrumente. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «El principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *ius puniendi*», cit.

<sup>456</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *El sistema tutelar de menores*, ob. cit. Pág. 227.

principio de mínima intervención, aún cuando apostilla «siempre que sea apropiado y deseable»<sup>457</sup>.

Se trataría de una intervención parecida a la que se aplica para las medidas de seguridad y corrección por el delito cometido: la consideración de la minoría de edad interpretada en clave culpabilista, es decir, una reacción no penal por parte del Estado, y ello como consecuencia de la ausencia (eximente) o disminución (atenuante) de la culpabilidad que ha dado lugar a la comisión de un hecho delictivo, sometida al principio de proporcionalidad, lo que haría que repercuta indirectamente el principio de culpabilidad sobre la medida aplicable al menor infractor, que en definitiva es restrictiva de sus derechos como consecuencia de su actuar ilícito y contrario a Derecho<sup>458</sup>. Estableciéndose un régimen especial para determinados tramos de edad.

Resulta interesante lo que postula un sector de la doctrina, al señalar que no siendo necesaria la justicia juvenil para ayudar al menor infractor a caer en la cuenta de su conducta ilícita, sin embargo está demostrado que una buena educación ayuda al menor a tomar conciencia de la maldad de su acción, y eso, sin duda, lo ofrece la aplicación de la norma penal. Ahora bien, sin perder nunca de vista el interés superior del menor infractor, cuestión ésta más compleja<sup>459</sup>. Sin embargo, choca contradictoriamente con los principios de tipicidad y legalidad penal, en el sentido de remitir todas las conductas que se consideran infractoras del orden social al CP vigente y las leyes penales especiales.

Con la aprobación de la LORRPM se ha perdido una oportunidad extraordinaria de perfilar los aspectos sustantivos del tratamiento penal del menor infractor, para despenalizar aquellas conductas de escasa entidad penal –también llamada «criminalidad de bagatela»-, o bien, tomar en consideración las circunstancias

---

<sup>457</sup> CDN, cit. Art. 40: 3. *Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para proponer el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

<sup>458</sup> Las medidas de seguridad y de curación futura se regulan en el CP, cit. Art. 20.

<sup>459</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 40; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad penal de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 278 y ss.

personales del menor infractor dada la posible inmadurez de raciocinio a la hora de actuar ilícitamente, lo que haría que entren en confrontación el principio de legalidad penal con el principio de oportunidad (aunque no en todos los supuestos como después trataré, pues cuando se trata de hechos delictivos por vez primera en que no interviene violencia o intimidación, y se constata la favorable actuación de la familia, cabe el desistimiento y archivo del expediente de reforma incoado al menor infractor), y la toma en consideración del criterio cronológico de la edad o el criterio de discernimiento a la hora de exigir responsabilidad penal al menor infractor<sup>460</sup>.

Lo que ha llevado a más de uno a plantearse si es ésta una técnica adecuada, pues perturba la concepción clásica del Derecho penal, que se apoya esencialmente en el principio de culpabilidad.

#### **9.2.1.3.1. El principio acusatorio.**

El principio acusatorio se perfila al amparo del principio de intervención mínima. Se recoge de forma expresa en el párrafo primero del art. 8 de la LORRPM: «El Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal». Consagrado en el art. 24.2 de la CE, integrado en «el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías».

Sin embargo, para una eficaz aplicación del principio acusatorio, debería partirse de una política-criminal no limitada al Derecho penal, instrumento incapaz de solucionar los problemas sociales. Además, un sistema de justicia aplicable al menor infractor deberá mirar siempre al interés superior del menor, pero ponderándolo con el

---

<sup>460</sup> Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho penal de menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Lo 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 86 y 87. La autora ilustra muy bien su postura poniendo como ejemplo las conductas imprudentes castigadas por el CP. Haciendo caer en la cuenta que la conducta que lleva a cabo un adolescente «arriesgando» al infringir la ley, por lo general es imprudente por las propias características de su personalidad en evolución, salvo que se trate de un menor con una patología concreta, o con unas circunstancias personales, familiares y sociales proclives a la conducta delincuencial habitual.

superior interés de la víctima, parte perjudicada por la comisión del ilícito penal y digna de atención, y a las necesidades sociales relativas a la tutela de los bienes jurídicos<sup>461</sup>.

Este principio, en esencia, convierte al Ministerio Fiscal en protagonista del proceso de menores, pues sólo a él le corresponde determinar la pretensión penal del Estado, pudiendo incluso desistir de su apertura. Por lo que *strictu sensu* ostenta toda la capacidad de evitar la criminalización del menor infractor en el marco de una «estrategia de desjudicialización», y por ende, el efecto estigmatizante que produce el sometimiento a un proceso judicial<sup>462</sup>. Lo que algunos autores han denominado como «principio acusatorio formal puro»<sup>463</sup>. Y ello en aras a lograr la finalidad educativa a la que se alude en la Exposición de Motivos de la LORRPM.

Sin embargo, tal y como está concebida la justicia juvenil en nuestro ordenamiento jurídico, el principio acusatorio al que alude la LORRPM, al igual que en el proceso penal de adultos, adopta la forma de un principio punitivo de tendencia garantista, puesto que con este principio se trata de evitar la indefensión del menor infractor, ya que los menores necesitan mayor tutela que los adultos, proponiendo, en definitiva, la judicialización del procedimiento sancionador juvenil, y el reconocimiento para el menor infractor de los principios que rigen tanto el Derecho penal sustantivo como el Derecho procesal penal de adultos. En definitiva, en la justicia juvenil española, el principio acusatorio significa el derecho de defensa que se garantiza exigiendo una correlación entre la acusación y el fallo.

---

<sup>461</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: «Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 43, 2003. Pág. (1071) a 1099. El autor remite a otros datos bibliográficos. Cfr. HEINZ, W.: «Kinder –und Jugendkriminalität. Ist der Strafgesetzgeber gefordert?», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 3, vol. 114, Ed. Walter Mouton de Gruyter, Alemania, 2002. Pág. 519(581) a 583; WALTER, M.: «Die Krise der Jugend und die Antwort des Strafrechts», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 4, vol. 113, Ed. Walter Mouton de Gruyter, Berlin, 2001. Pág. 743(766) a 773.

<sup>462</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, G.: «El nuevo derecho penal juvenil». DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002. Pág. 1576.

<sup>463</sup> Vid. VENTURA FACI, R.; PELÁEZ PÉREZ, V.: *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 2000. Pág. 70. Frente a la denominada vertiente mixta a que responde la LECrim. Aún cuando gran parte de la doctrina procesalista penal no entiende el párrafo primero del art. 8 de la LORRPM como expresión del principio acusatorio.

El principio acusatorio se apoya en dos pilares fundamentales: a) la separación del Ministerio Fiscal, órgano que ejerce la acusación en primer término, y el Juez de Menores, a quien corresponde enjuiciar si el Ministerio Fiscal formula acusación. Este presupuesto pasa a ser una garantía del ideal acusatorio, en que se diferencian los operadores jurídicos que desarrollan las funciones de incriminación o acusación, con el consiguiente presupuesto de imputación y carga de la prueba, y de enjuiciamiento, que implica imparcialidad. Presupuestos todos ellos que, con la ley en la mano, constituyen las más básicas garantías procesales en un juicio, tal y como prevé el art. 24 de nuestra CE<sup>464</sup>. Y b) la restricción de los derechos del menor infractor como consecuencia de la infracción de la ley penal, reservada únicamente al Juez de Menores, pero sin limitar la capacidad jurisdicente del Ministerio Fiscal en la adopción de medidas al plantear una reparación extrajudicial, que, al igual que la imposición de una medida judicial mediante sentencia firme por el Juez de Menores, esta capacidad de intervención del Ministerio Fiscal al margen de un procedimiento judicial, ambas posturas emanan de la conceptualización de la prevención especial, que encuentra su fundamento en la capacidad para ofrecer soluciones y alternativas tendentes a lograr la resocialización del menor infractor<sup>465</sup>.

Sin embargo, puesto que este principio acusatorio requiere que el Ministerio Fiscal asuma un papel imprescindible en la fase de instrucción o investigación del delito

---

<sup>464</sup> Según esto, el principio acusatorio prohíbe al Juez de menores imponer al menor infractor una medida más restrictiva que la solicitada por el Ministerio Fiscal, si bien, su decisión parece condicionada por la petición que solicite el Ministerio Público. Por lo que no existe más acusación que la que ejerce el Ministerio Fiscal. «El hecho de que la LORRPM otorgue al fiscal de menores la importantísima misión de velar por la prevención general: la tutela de la sociedad, es una de las manifestaciones más elocuentes de que quiere dejar al juez de menores las manos libres para que éste aparezca como un juez exclusivamente resocializador». Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 133. Cfr. ABEL SOUTO, M.: «Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000», ob. cit. Pág. 4. El autor se remite a: SANZ HERMIDA, A. M.: *El nuevo proceso penal del menor*, ob. cit. Pág. 231.

<sup>465</sup> Resulta de gran interés la opinión ofrecida por un sector de la doctrina en cuanto al principio acusatorio en la legislación penal juvenil: «La legitimidad de un proceso, se funda en la verdad procesal, cuya decisión depende de la determinación semántica de las leyes y ésta requiere de la independencia del Juez, en su condición de tercero; si el proceso debe estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte de los poderes de gobierno, la independencia de los que juzgan es garantía de una justicia no subordinada a las razones del Estado o intereses políticos contingentes». Concluyendo en que «adoptar un sistema garantista cuyo sustento es el modelo acusatorio, implica la reafirmación del principio de igualdad de los hombres ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal, y, sobre todo, el compromiso del Estado de que los menores, al conformar un grupo vulnerable, no pueden ser separados de la estructura y el régimen social». Vid. OREA OCHOA, S. P.: «Principio acusatorio y justicia de menores», en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. Octubre\_2005. Pág. 359 a (362).



o falta cometido presuntamente por el menor infractor, en teoría deja atrás el modelo inquisitivo, pero es el fiscal de menores quien cumple la tarea de prevención general. Sin duda, se garantiza que la causa del menor infractor será enjuiciada por un juez imparcial en tanto que no ha intervenido en la fase de instrucción, y que además es experto en la legislación de menores. En cambio, se le está otorgando al Ministerio Fiscal una amplísima discrecionalidad: sólo él puede dar el primer paso para la renuncia a la medida, ya que, si él no lo da, el juez de menores no podrá hacerlo. Sólo en el caso de que el juez de menores se opusiera al archivo del expediente de reforma solicitado por el Ministerio Fiscal, en este caso sí estamos ante un Juez que cumple las tareas de prevención general –órgano jurisdiccional a quien debe corresponder-, sin embargo se suscita la sospecha de estar ante un fiscal de menores que se la está saltando<sup>466</sup>.

Cuestión la del principio acusatorio nada sencilla desde el punto de vista de la dogmática penal.

En definitiva, el principio acusatorio es consecuencia de ese proceso paulatino que ha supuesto el reconocimiento de los derechos humanos por las Naciones Unidas, que, como ya hemos visto, dio lugar a la emisión de normas, principios y directrices sobre la justicia juvenil. Lo que no significa que sea la expresión más acertada del mismo.

#### **9.2.1.3.2. El principio de oportunidad.**

El principio de oportunidad constituye la segunda excepción a la concepción tradicional de la justicia penal en España, en el que predomina el principio de legalidad tradicional, y uno de los pilares en que se sustenta la intervención penal con el menor infractor. Algún sector de la doctrina lo ha definido como «la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado»<sup>467</sup>.

---

<sup>466</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 133.

<sup>467</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V.: «Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio», cit. Pág. 34; *Derecho procesal. Proceso penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993. Pág. 56.

En el ámbito internacional, las «Reglas de Beijing» establecen expresamente la necesidad de respeto de las garantías en el ejercicio de la discrecionalidad de todos los intervinientes en el proceso, expresamente en su reglas 6 y 11, al apostar por la posibilidad de que las autoridades competentes (la policía, el Ministerio Fiscal y los organismos que se ocupan más directamente del menor infractor) intervengan con el menor sin recurrir a la autoridad judicial, con arreglo al sistema jurídico del Estado en cuestión<sup>468</sup>. Al igual que el art. 40.3 de la CDN al consagrar el principio de mínima intervención al que me he referido en el epígrafe anterior, estrechamente ligado al principio de oportunidad<sup>469</sup>.

Ya la LO 4/1992 acogía el principio de oportunidad, pero de forma mal entendida, pues otorgaba al Ministerio Fiscal libertad absoluta para, bien ejercitar la acción penal en relación al menor que apareciera como autor de un ilícito penal aunque fuera indiciariamente, bien acordar directamente el archivo de la causa, acogiendo así las directrices de Derecho internacional<sup>470</sup>. Es decir, se otorgaba al Fiscal la disponibilidad absoluta del ejercicio de la acción penal, sin necesidad de razonar los motivos que le hubieran impulsado a ello, ni notificarlo al Juez de menores ni a los interesados. Fundamentalmente ante la inexistencia de la incoación del expediente de reforma en cuestión. Esta concepción tan amplia del principio de oportunidad chocaba de plano con los principios de legalidad y de seguridad jurídica, lo que urgía a una regulación clara y precisa que determinara en qué casos y por qué motivos podía no

---

<sup>468</sup> «Reglas de Beijing», cit. Regla 6: *1. H. Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. Y Regla 11: 2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.*

<sup>469</sup> CDN, cit. Art. 40.3: *Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de las leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

<sup>470</sup> LORCPJM, cit. Art. 15: *1. 1ª Los que por razón de sus cargos tuvieren noticia de algún hecho que pudiera estar comprendido en el n. 1 del art. 9 (delitos o faltas) deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual acordará, en su caso, la incoación del oportuno expediente.*

ejercitarse la acción penal, con la consiguiente notificación al Juez de menores y a los propios interesados.

La LORRPM, perfilando el principio de oportunidad de la legislación anterior, prevé que el Ministerio Fiscal intervenga en defensa de los derechos reconocidos al menor de edad por la legislación vigente, en cualquier momento de la fase de diligencias preliminares y, si se incoara, de la fase de instrucción, sin necesidad de limitarse a los casos de menor entidad desde el punto de vista del Derecho penal. Así lo prevé su art. 6: «Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento»<sup>471</sup>. Si bien, condicionado a que el menor dé su consentimiento en relación a las medidas de remisión recomendadas.

Como consecuencia del precepto aludido, el art. 16 trata de corregir la utilización a veces incontrolada del principio de oportunidad estableciendo la obligación del Ministerio Fiscal de incoar expediente de reforma al menor infractor del que tenga en conocimiento la comisión de un hecho delictivo, de lo que dará cuenta al Juez de Menores, quedando así reforzado el principio de legalidad penal<sup>472</sup>. Principio de

---

<sup>471</sup> El Ministerio Fiscal interviene al amparo de nuestra Carta Magna, bajo la autorización específica de su Estatuto Orgánico. Vid. CE, cit. Art. 124: *1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados (...).* Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11, de 13 de enero); modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo (BOE núm. 126, de 27 de mayo) y la Ley 24/2007, de 9 de octubre (BOE núm. 243, de 10 de octubre), art. 3: *Corresponde al Ministerio Fiscal: 13. Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.*

<sup>472</sup> LORRPM, cit. Art. 16: *2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieren formulado la misma. 3. Una vez efectuadas las*

legalidad que, dicho sea de paso, encuentra excepciones a lo largo del proceso: en concreto, la facultad que tiene el Ministerio Fiscal de desistir de la incoación del expediente de reforma<sup>473</sup>, así como sobreseer el expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima<sup>474</sup>.

Resulta de gran interés la reflexión que hace un sector de la doctrina al señalar que para armonizar la defensa de la legalidad que tiene encomendada el Ministerio Fiscal en el art. 3 de su Estatuto Orgánico, con la amplia discrecionalidad para ejercer la acción penal que le otorga la LORRPM, la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, ha modificado la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y en el nuevo art. 5 que resulta de la misma, se concede al Fiscal la posibilidad de decretar el archivo de las denuncias cuando no encuentre fundamentos para ejercer acción alguna<sup>475</sup>. Encontrando en esto fisuras con relación al principio de legalidad penal contemplado en el art. 100 de la LECrim, bajo el cual se concibe el proceso penal de adultos<sup>476</sup>.

---

*actuaciones indicados en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes.*

<sup>473</sup> LORRPM, cit. Art. 18 párrafo 1: *El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificadas en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.*

<sup>474</sup> LORRPM, cit. Art. 19: *1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y a las circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.*

<sup>475</sup> Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 85. Crítica sostenida de otros sectores de la doctrina: cfr. CALLEJO CARRIÓN, S.: «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 6366, ref. D-273 Ed. La Ley, Madrid, Noviembre\_2005; LANDROVE DÍAZ, G.: «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores» en *Revista La Ley*, núm. 5084, Ed. La Ley, Madrid, Junio\_2000. Pág. 1 a (5).

<sup>476</sup> LECrim, cit. Art. 100: *De todo delito o falta nace la acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.*

#### 9.2.1.4. El principio de proporcionalidad<sup>477</sup>.

Históricamente, el principio de proporcionalidad es propio del Derecho penal, en relación con la determinación de la pena. Si bien, no opera del mismo modo en la LORRPM que en el Derecho penal de adultos.

El principio de proporcionalidad es reconocido por vez primera en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al proclamar que la ley no deberá establecer otras penas que las estrictamente necesarias<sup>478</sup>. Serviría de inspiración para la CEDH de 1950, que consagra explícitamente el principio de proporcionalidad en su art. 8, admitiendo la injerencia estatal en los derechos y libertades que consagra siempre que se trate de medidas necesarias para lograr el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación<sup>479</sup>.

---

<sup>477</sup> El primero en postular este principio de proporcionalidad será el Marqués de Beccaria en el siglo XVIII, quien señalaría que «la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil». Las ideas del Marqués de Beccaria, junto con otros autores del siglo XVIII como Carrara o Lambroso (en Italia) y Von Feuerbach o Kant (en Alemania), será el germen de las escuelas penales. Cfr. BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, Ed. Temis, 3ª ed., Bogotá, 2005. Publicado anónimamente en 1764, y traducido al castellano por vez primera en 1774. De gran interés: GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas». En ASÚA BATARRITA, A.: *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1990. Pág. 55-65.

<sup>478</sup> Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 26 de agosto de 1789. Ratificada por el Rey de Francia Luis XVI durante la Revolución francesa, y que sirvió de preámbulo para la I Constitución francesa. En el siglo XIX, la escuela clásica es la primera en formular este principio rector y limitativo del poder punitivo del Estado, en aras a la humanización de la pena, contraria a la crueldad innecesaria de las penas, pero descuida el estudio del delincuente. La escuela positivista, a diferencia de la escuela clásica, sostiene la indeterminación de la pena, habida cuenta que entiende que el delito es de origen natural, y, en consecuencia, deberá sancionarse atendiendo a la peligrosidad del individuo. La escuela político-criminal, cuya base histórica proviene de las escuelas clásica y positivista, sostiene que la pena debe ser manejada como medida de seguridad, al tiempo que sostiene la peligrosidad del delincuente. Y la dogmática penal comienza a ordenar todo lo que es Derecho penal, postulando que el Derecho penal debe abordar el estudio del delito con el método empírico, y su regulación legal debe estudiarse desde un método abstracto.

<sup>479</sup> CEPDHLF, cit. Art. 8: *La ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.* Además, señala el art. 7: *1. Nadie podrá ser condenado por una acción por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.* En conexión con los art. 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo opera con mucha frecuencia en su jurisprudencia con el principio de proporcionalidad, para controlar la intervención de los Estados miembros en la protección de los derechos y libertades fundamentales garantizados en el Convenio; jurisprudencia ésta de gran influencia para los tribunales nacionales que tienen encomendada la salvaguarda de tales derechos y libertades fundamentales.

La concepción liberal del Estado surgida en el siglo XIX hace que se desarrolle el principio de proporcionalidad, de forma que el control social no se concibe como un poder ilimitado del *ius puniendi* del Estado sino que se va configurando un sistema normativo que permite la intervención estatal en casos imprescindibles y siempre que se adecúe a los fines que persigue. Pero para ello deben darse tres elementos esenciales: el juicio de adecuación de la medida restrictiva de derechos del sujeto infractor al fin que se persigue; el juicio de indispensabilidad de la medida judicial a imponer no existiendo otro medio que la intervención del *ius puniendi*, por lo que deberá elegirse siempre aquella medida que sea menos gravosa o restrictiva de los derechos del sujeto infractor, previa confrontación de los medios idóneos para la consecución del fin; y la proporcionalidad *strictu sensu*, que implica una equilibrada ponderación entre las ventajas y perjuicios que se generan cuando se restringen los derechos del sujeto infractor para proteger otro constitucionalmente protegido, debiendo ser las ventajas siempre superiores a los perjuicios. Por lo que los medios elegidos deberán mantener una relación razonable con el resultado perseguido.

En la LORRPM, el principio de proporcionalidad opera de tres maneras distintas y, consecuentemente con menos intensidad, no sólo por la finalidad educativa de la ley, como intento de dar al menor infractor una respuesta social diferente y especializada en relación con el adulto que delinque, tratando –de esta manera- de alejarse de fines retributivos o de prevención general, sino también en función del tipo delictivo cometido por el menor infractor, la gravedad del delito, y las circunstancias personales y ambientales del menor.

Será sancionado con la medida judicial más grave –la de internamiento en régimen cerrado- el menor infractor que incurra en un delito de homicidio<sup>480</sup>, asesinato<sup>481</sup>, violación (tanto el tipo básico como el agravado)<sup>482</sup>, y aquellos delitos de terrorismo, así como los cometidos en el marco de una organización o grupo terrorista<sup>483</sup>. Igualmente, cuando la infracción se trate de otros delitos castigados en el CP con pena de prisión igual o superior a 15 años.

---

<sup>480</sup> CP de 1995, cit. Art. 138.

<sup>481</sup> CP de 1995, cit. Art. 139.

<sup>482</sup> CP de 1995, cit. Art. 179 y 180.

<sup>483</sup> CP de 1995, cit. Art. 571 a 580.

Al margen de tales supuestos, la intensidad es menor en un doble sentido: por un lado, a la comisión de un delito por el menor infractor no siempre seguirá la imposición de una medida judicial, y por otro lado, tampoco a la comisión de un delito grave seguirá necesariamente una sanción grave. Y ello en virtud del principio de oportunidad al que me he referido en el anterior epígrafe.

En todo caso, el principio de proporcionalidad entrará en juego cuando se trate de una falta al que jamás podrá seguir una sanción grave. Para estos casos, la medida judicial a imponer está tasada en el art. 9 de la LORRPM<sup>484</sup>.

### **9.2.2. El Derecho procesal penal de menores. Garantías y principios procesales de la responsabilidad penal del menor infractor.**

El debate sobre las garantías a otorgar al menor infractor es muy antiguo. Hablar de garantías procesales implica que, una vez incorporadas a los distintos trámites procesales, permitan a las partes intervinientes en ese proceso alcanzar su pretensión en igualdad de oportunidades para ambas partes. Si bien, debatir sobre las garantías del proceso en que se ve incurso el menor infractor, en ningún caso puede separarse de la naturaleza penal del proceso, y, consecuentemente, de la pretensión igualmente penal que se debate en el mismo. A esta cuestión ya me he referido en el análisis de la STC 36/1991, de 14 de febrero, en el epígrafe 7.2.2.1.

La normativa internacional, ratificada por España, hace referencia a las garantías en el proceso penal del menor infractor y a los derechos de éstos, de modo más desarrollado en el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño, la mejor falsilla para entender lo dispuesto en el art. 24 de nuestra Carta Magna<sup>485</sup>.

---

<sup>484</sup> LORRPM, cit. Art. 9: *Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas. Cfr. CP, cit. Libro III. Faltas y sus penas, Art. 617 a 639.*

<sup>485</sup> «Reglas de Beijing», cit. Regla 7: *1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior. Regla 14: 1. Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. 2. El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que*

Al sistema de justicia juvenil español se le ha achacado la carencia de dichas garantías procesales, por tratarse de un proceso penal especial cuyo *iter* transcurre distinto al proceso penal de adultos, y cuya pretensión no cabe duda que es distinta. Si bien, ello no significa que no tenga como finalidad sancionar al menor infractor por su conducta delictiva, al igual que se hace con el adulto imputable penalmente. Y es que, «lo que es erróneo, es aplicar a ultranza el modelo de garantías del proceso penal, llegando a criminalizar al menor, en lugar de atender a su interés, y otorgarle el rol de acusado, dañando, tal vez de modo definitivo, su evolución: sobre todo, cuando contamos con otro modelo de proceso que, refrendado por el Tribunal Constitucional,

---

*permita que el menor participe en él y se exprese libremente; Recomendación R(87)20, de 17 de septiembre de 1987, cit. 8: Reforzar la posición legal de los menores durante todo el procedimiento, incluida la fase policial reconociendo, entre otros: la presunción inocencia; el derecho a la asistencia de un defensor, eventualmente designado de oficio y remunerado por el Estado; el derecho a la presencia de los padres o de otro representante legal que deben ser informados desde el inicio del procedimiento; el derecho a los menores a recurrir a testigos, interrogarles y confrontarles; la posibilidad para los menores de solicitar un contraperitaje o toda otra medida equivalente de investigación; el derecho de los menores de tomar la palabra, así como, llegado el caso, pronunciarse sobre las medidas previstas con respecto de ellos; el derecho de recurso; el derecho de pedir la revisión de las medidas ordenadas; el derecho de los jóvenes al respeto de su vida privada; CDN, cit. Art. 40: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con ese fin y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes, se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se le presumirá inocente mientras no se prueba su culpabilidad frente a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los casos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. Cfr. PIDCP, cit. Art. 14.1, 2, 3, 5; CE, cit. Art. 24.*



permite poner límites a los menores y exigirles responsabilidad personal y social a través de medidas no penales y de alto contenido educativo»<sup>486</sup>.

En efecto, la LORCPJM de 1992, promulgada como consecuencia de la STC 36/1991, conservaba el contenido material de la LTTM –a salvo de las reformas civiles habidas desde entonces en el ordenamiento jurídico español, fundamentalmente la Ley 21/1981, de 11 de noviembre, en materia de adopción, en que se permite la intervención inmediata si se detecta una situación de desprotección del menor de edad-, y supuso un nuevo Derecho procesal penal para menores infractores de respuesta sancionadora y, por ende, limitativa de los derechos del menor infractor, con el deseo de que esa respuesta fuera también educativa en pro del principio del interés superior del menor, con la única pretensión de adecuarlo a la Carta Magna, cuyo punto álgido se encuentra en su art. 15, anticipo del Título III de la LORRPM actualmente vigente<sup>487</sup>.

---

<sup>486</sup> Vid. PANTOJA GARCÍA, F.: «Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor» ob. cit. Pág. 19.

<sup>487</sup> LOCPJM, cit. Art. 15: *1. La tramitación de los expedientes por los supuestos comprendidos en el número 1 del art. 9 se ajustará a las siguientes reglas: 1. Los que por razón de sus cargos tuvieren noticia de algún hecho que pudiera estar comprendido en el número 1 del artículo 9 deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual acordará, en su caso, la incoación del oportuno expediente, de la que dará cuenta al Juez de Menores. Igual acuerdo adaptará el Fiscal cuando tenga noticia del hecho por denuncia o por publicidad del mismo. Cuando el conocimiento de los hechos no corresponda a los Juzgados de Menores, el Fiscal acordará la remisión de la actuado al órgano competente. 2. Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor, por lo que dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos, impulsar el procedimiento, así como solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo. En este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares. 3. Las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento estarán obligados a instruir al menor de sus derechos. El menor que fuese detenido gozará de los derechos que se establecen en la LECrim. 4. Desde el momento en que pueda resultar la imputación al menor de un hecho incluido en el número 1 del artículo 9, el Fiscal requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe, que deberá serle entregado en un plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes, en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y en general sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye. 5. El Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor. El Juez acordará las medidas que estime necesarias, tomando en consideración el interés del menor. A solicitud del Fiscal, el Juez, a la vista de la gravedad de los hechos, su repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor, podrá acordar el internamiento de éste en un Centro cerrado. Dicha medida durará el tiempo imprescindible, debiendo ser modificada a ratificada transcurrido, como máximo un mes. Desde que se adopte se nombrará al menor abogado que lo defienda si no la designan sus padres a representantes legales. 6. Emitida el informe a que se refiere la regla 4, el Fiscal la remitirá inmediatamente al Juez de Menores. Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones a circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia a intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones. En otro caso, el Juez de Menores señalará fecha y hora para una comparecencia, que se celebrará dentro de las siete días siguientes. A ella serán convocados el Fiscal, el equipo técnico, el menor, que podrá asistir acompañado de Abogada de su elección o del que, si lo hubiera solicitada, se le hubiese*

Por tanto, cabía la opción de optar por un procedimiento penal que contuviera todas las garantías procesales previstas por nuestro ordenamiento jurídico español en

---

*designada de oficio, su representante legal y aquellas otras personas que, a la vista del informe del equipo técnico, el Juez considere oportuna convocar. En dicha comparecencia el Juez informará al menor en lenguaje claro y sencillo, adecuado a su edad, de los hechos objeto de la diligencia, así como de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de las hechos. También le informará de su derecho a ser asistido por un Abogado. El menor podrá prestar declaración, respondiendo a las preguntas que le puedan formular el Fiscal, su Abogado, el miembro del equipo técnico y el propio Juez. 7. A la vista del desarrollo de la comparecencia y de la propuesta del Fiscal, el Juez podrá acordar alguna de las decisiones a que se refiere la regla undécima, a si procediese, la adopción de la medida de amonestación mediante acuerdo, dándose por concluido el expediente. Si los hechos a las circunstancias del menor no estuviesen suficientemente esclarecidos, el Fiscal propondrá la continuación del expediente. 8. Concluido el expediente, el Fiscal la elevará al Juzgado de Menores, junto con un escrito de alegaciones solicitando la apertura de la audiencia, el sobreseimiento, la adopción de la medida de amonestación, la remisión de las actuaciones al órgano judicial competente a su remisión a las Instituciones administrativas de protección del menor a fin de que por éstas se adapten medidas de carácter formativa o educativo. El envío del expediente señalado en el párrafo anterior deberá realizarse por el Fiscal en un plazo no superior a cinco días; de no efectuarse el envío en el indicado plazo, el Fiscal deberá dar cuenta al Juez de las causas que se lo impidan. 9. Si el Fiscal solicitara en el escrito de alegaciones la adopción de la medida de amonestación, el Juez de Menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda. 10. Cuando solicite la apertura de la audiencia, el Fiscal, en el escrito de alegaciones, formulará la calificación jurídica de los hechos imputados al menor, la solicitud de práctica de prueba en la audiencia y la adopción de las medidas que procedan. 11. A la vista de la petición del Fiscal, el Juez de Menores adoptará alguna de las siguientes decisiones: A. La celebración de la audiencia. B. El sobreseimiento motivado de las actuaciones. C. La remisión del menor a las instituciones administrativas correspondientes para la adopción de medidas educativas y formativas si los hechos imputados no revisten especial trascendencia, siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación, incluso aunque el Fiscal no hubiese formulado petición en este sentido. D. La remisión al Juez competente, cuando estime que no le corresponda el conocimiento del asunto. 12. Cuando se acuerde la apertura de la audiencia se indicará al menor y a su representante legal que designe abogado que le defienda, si no lo hubiere hecho antes. De no hacerlo en el plazo que se fije, se le nombrará de oficio. Se dará traslado al Abogado del escrito de alegaciones, a fin de que lo conteste en el plazo de cinco días y que proponga la prueba que considere oportuna. 13. El Juez, dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de defensa, acordará la procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y señalará el día en que deba comenzar la audiencia para dentro de los quince inmediatamente posteriores. 14. La audiencia se celebrará con asistencia del Fiscal, del miembro del equipo técnico, del Abogado defensor y del menor, que podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, motivadamente oído el Fiscal, no lo considere oportuno. El Juez podrá acordar, en interés del menor, que las sesiones no sean públicas. En ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación. 15. El Juez de Menores informará al menor, en un lenguaje clara y sencillo, adaptado a su edad y que le sea comprensible, de las medidas solicitadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones y del hecho y causas en que se fundan. 16. Seguidamente preguntará al menor, con asistencia del Abogado, si se manifiesta autor de los hechos que le imputa el Fiscal. Si se manifestase autor de los hechos le preguntará si se muestra conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Si diese su conformidad, con asistencia de su Abogado, el Juez, oído, si lo considera pertinente, al miembro del equipo técnico, dictará acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal. 17. En otro caso, y si el menor no se hubiese declarado autor de los hechos, se practicará la prueba admitida y la que, previa declaración de pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto. Seguidamente, el Juez oirá al Fiscal y al Abogado sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos, y la medida a adoptar así como, si lo considera conveniente, al miembro del equipo técnico. Finalmente, oirá las alegaciones que quiera formular el menor. El Juez podrá hacer abandonar la Sala al menor en los momentos de la vista que considere oportunas. 2. El procedimiento en la tramitación de los expedientes seguidos por los supuestos comprendidos en el número 2 del artículo 9 de esta ley será el de juicio de faltas.*

materia penal, admitiendo a la vez la posibilidad de instaurar un proceso no penal, sin que por otra parte se cuestionara su naturaleza de verdadero proceso. Discrecionalidad que está reconocida en el ámbito internacional por las «Reglas de Beijing»<sup>488</sup>. En este sentido, la STC 36/91 señala que «el art. 24 de la CE también alcanza a los procesos de menores, aunque persigan fines correccionales, educativos o protectores, porque los derechos fundamentales se reconocen a todas las personas, sin que sea posible ninguna discriminación»<sup>489</sup>.

La PLORRPM de 1996 apuntaba hacia la integración social del menor y a la reparación del daño causado, la distinción de tramos edad con diferente gravedad en atención al hecho delictivo, la aplicación de la ley al «joven» mayor de 18 y menor de 21 años, la aplicación del Libro I del CP para la determinación de la responsabilidad del menor infractor, el reconocimiento de la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* para los padres o guardadores si mediare negligencia, el archivo condicionado a la práctica de determinadas prestaciones del menor, y en materia de medidas judiciales a imponer al menor infractor<sup>490</sup>.

El Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997, pretende un régimen más benigno, orientado a la resocialización del menor infractor. Para lo cual recoge en su Exposición de Motivos la «naturaleza no penal sino sancionadora-educativa del procedimiento y las medidas aplicables» al menor que delinque<sup>491</sup>. Proponía, incluso, una nueva redacción del art. 19 del CP de 1995, absolutamente ambigua y contradictoria, pues eximía de responsabilidad penal al menor infractor, y sin embargo, de la comisión de un hecho delictivo respondería penalmente «con arreglo a las disposiciones de la Ley reguladora de la Justicia Juvenil del Menor»<sup>492</sup>.

---

<sup>488</sup> «Reglas de Beijing», cit. Regla 6: *1. Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de las medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.*

<sup>489</sup> STC 36/1991 (Pleno), cit. AH 8.

<sup>490</sup> PLORRPM de 1996, cit. En cuanto a las medidas judiciales: se incluye la multa (art. 23), la duración máxima de la medida de internamiento en régimen cerrado sería de ocho años (art. 14.3), la no suspensión de la medida si excede de cinco años (art. 35.2.2º) y la aplicabilidad de la libertad condicional prevista en la LGP de 1979 (art. 91 y ss.).

<sup>491</sup> BALOJM de 1997, cit. EM.

<sup>492</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 23 y 24.

Como ya ha expuesto, el 4 de julio de 1997 el Consejo de Ministros remite al Consejo General del Poder Judicial el anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores, viniendo a consolidar la praxis ya iniciada con la LORCPJM de 1992<sup>493</sup>. La Comisión de estudios elabora un informe que fue aprobado por el Pleno del CGPJ el 12 de noviembre de 1997<sup>494</sup>. Este texto adquiere gran importancia, pues supone un anticipo y una síntesis perfecta de lo que sería la «Ley del Menor» actualmente vigente.

El Informe del CGPJ resalta las siguientes características: a) se concentra en una regulación única y completa los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución del tratamiento del menor infractor, de la que no se había dispuesto desde la entrada en vigor de la CE de 1978. Aún cuando ello supondría un importante despliegue de medios materiales y humanos; b) se recalca el carácter educativo de la reacción social frente al problema de la delincuencia juvenil, en consonancia con los principios constitucionales, con especial valoración del interés superior del menor; c) se justifica el perfil todavía en desarrollo y en plena fase de maduración del menor infractor, que no ha tenido tiempo suficiente para interiorizar la norma que ha infringido, y que, en muchos casos, el propio entorno no le da las oportunidades necesarias para respetar dichas normas; y d) se apunta la alta capacidad de recuperación del menor infractor y, consecuentemente, su exitosa resocialización en comparación con el delincuente adulto<sup>495</sup>.

Tras un largo debate parlamentario, la LORRPM vio la luz definitivamente el 23 de diciembre de 1999, discutida en la misma sesión en que se discutió la Ley de Extranjería<sup>496</sup>. «Cuenta con principios propios: los generales del orden procesal penal,

---

<sup>493</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La justicia juvenil en España: un modelo diferente». MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001. Pág. 1(36) a 230.

<sup>494</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia de Menores*, Madrid, 12 de noviembre de 1997.

<sup>495</sup> Sobre este Informe, cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar », ob. cit. Pág. 32.

<sup>496</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero). A la que de ahora en adelante me referiré como LODELEX.

tamizados por la especialización de esta materia y, erigidos sobre todos ellos, como criterio rector interpretativo, el «interés superior del menor»<sup>497</sup>.

La ley, que está compuesta por 64 artículos –divididos, a su vez, en 7 títulos-, 5 Disposiciones Adicionales, 1 Disposición Transitoria y 7 Disposiciones Finales, entra en vigor, según la DF 7ª, al año de su publicación en el BOE<sup>498</sup>.

Aún cuando para su aplicación efectiva hubo que esperar hasta el 1 de enero de 2007. De hecho, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, en su DT Única establecía que «se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007».

#### **9.2.2.1. El principio del interés superior del menor.**

Siguiendo los principios normativos de la CDN, el principio del interés superior del menor orienta cualquier intervención pública que se refiera a un menor de edad. Este principio se refiere a que, en todas las decisiones y medidas que se tomen concernientes al menor infractor, se realizará una consideración primordial a que se atenderá el «interés superior del menor». Ello conlleva el compromiso de los operadores jurídicos de asegurar el respeto de los derechos y garantías que aseguren el bienestar del menor infractor, teniendo en cuenta también los derechos y deberes de sus padres o representantes legales, a cuyo fin deberán tomarse todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas<sup>499</sup>. Este principio, al que hace mención expresa

---

<sup>497</sup> Vid. URBANO CASTRILLO, E.; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *La responsabilidad penal de los menores (Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*, ob. cit. Pág. 28. Cfr. DE LA ROSA CORTINA, J. M.: «Los principios del Derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia», en *Revista Tribunales de Justicia*, núm. 11, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, Noviembre\_2003. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Pág. 1 a 68.

<sup>498</sup> Un sector doctrinal instaba a su retraso ya que, a su entrada en vigor, no se habían destinado aún los medios humanos y necesarios para un mínimo indispensable de eficacia y efectividad de la ley. Otro sector doctrinal avalaba la entrada en vigor de la ley el día 13, entendiendo que el cómputo del tiempo de entrada en vigor debe producirse de fecha a fecha.

<sup>499</sup> Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009 (I PENIA)*. SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS

el art. 7 de la LORRPM, «ha de continuar siendo la directriz de los poderes públicos en colaboración con las familias, los propios menores y todos los agentes e instituciones implicadas en el desarrollo de políticas y actuaciones integrales y transversales»<sup>500</sup>.

El «interés superior del menor», siendo el principio más específico de esta jurisdicción penal de menores, pues es la base sobre la que se apoya toda la legislación juvenil, encuentra su origen en el principio *favor minoris* del Derecho romano. Ello significa que todas las cuestiones que se susciten en relación al proceso penal al que se ve sometido el menor infractor, deberán resolverse buscando lo que sea más conveniente para el desarrollo de la personalidad del menor. Si bien, de todo lo anterior puede concluirse que, salvo en los casos de «prognosis de peligrosidad futura», la entrada en el circuito judicial del menor infractor no sólo no favorece su normal desarrollo evolutivo, sino que, en cierto modo, le estigmatiza, lo que puede disponer al menor infractor a mantener una conducta antisocial reincidente, y pone en peligro la legitimidad de la medida judicial que se le impone, pues la entrada indiscriminada del menor infractor en el circuito judicial obstruye la finalidad educativa y resocializadora de la medida.

Así queda proclamado por la normativa internacional, en concreto, por el art. 3 de la CDN de 1989: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

---

SOCIALES, FAMILIAS Y DISCAPACIDAD (Coord.). Refrendado en el Pleno del Observatorio de la Infancia en reunión de 24 de mayo de 2006. Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006. Ed. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006. Pág. 1(22-23) a 64.

<sup>500</sup> LORRPM, cit. Art. 7: 3. *Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme lo dispuesto al artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.* En conexión con el art. 25 y 61 a 64 en relación a la intervención de la acusación particular, y 27, en relación al papel del Equipo Técnico. Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA)*. Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013. Ed. Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia, Madrid, 2013. Pág. 1(6) a 68. El propio Informe establece que «el presente II PENIA, de la misma forma que lo hizo el primero, se sustenta en los siguientes principios normativos de la CDN: 1. El principio del interés superior del niño según el cual, todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán al interés superior del niño», pág. 7.

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»<sup>501</sup>.

Este principio debiera constituirse *de facto* como el más básico y fundamental de los principios que orientan la LORRPM, pues en torno a él giran, teóricamente, todos los demás, los arbitra y equilibra, siendo en esencia su referente. Su Exposición de Motivos lo expresa así: «en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor». Lo que significa que, en materia penal, la ponderación del «interés superior del menor» ha de justificar la disminución al mínimo posible de la intervención penal sobre el menor infractor, por lo que queda reforzado el principio de subsidiariedad de la intervención legal y la naturaleza mínima de la intervención penal<sup>502</sup>. Bien es verdad que, no por eso, deba condenarse la aplicación de medidas judiciales sobre el menor infractor por las que se les restringe su libertad ambulatoria juntamente con la separación de su entorno familiar –sanciones punitivas *strictu sensu* como la privación de libertad-, siempre que se reserve para los casos más graves, es decir, el Derecho penal debe reservarse para ciertos comportamientos muy graves, intolerables en adultos. Dependerá, precisamente, del «interés superior del menor», tal y como prevé el art. 9.3 de la CDN de 1989<sup>503</sup>. En consecuencia, ni la respuesta primera al comportamiento conflictivo del joven o menor es la respuesta penal, ni penal debe denominarse el modelo de responsabilidad de jóvenes y menores o la ley que lo instrumente»<sup>504</sup>.

#### **9.2.2.2. El principio de igualdad del menor ante la ley.**

Con la proclamación del Estado de Derecho en nuestro país, el principio de igualdad ante la ley, tanto de menores como de adultos, se consagra como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, reconocido en el art. 1 de nuestra Carta Magna, explicitado en la cláusula especial del art. 14: «Los españoles son iguales

---

<sup>501</sup> Cfr. CDN, cit. Art. 3.1.

<sup>502</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 276-277.

<sup>503</sup> CDN de 1989, cit. Art. 9.3: *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

<sup>504</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 277.

ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»<sup>505</sup>. Y ello en consonancia con lo previsto por la normativa internacional: en concreto, el art. 10 de la DUDH de 1948<sup>506</sup>, así como el art. 14.1, 3 y 4 del PIDCP de 1966<sup>507</sup>, y la Regla 14 de las «Reglas de Beijing»<sup>508</sup>.

El art. 9.2 de la CE, por su parte, contiene una declaración «que obliga a que necesariamente se tome en cuenta la distinta situación de partida en la que se puede encontrar la persona por razón de la edad, a fin de proteger en cada caso sus intereses con el mismo nivel de eficacia, adoptando al efecto las medidas oportunas»<sup>509</sup>. Esta mayor protección hunde sus raíces en la propia capacidad de entender y querer de un sujeto aún en evolución.

El principio de igualdad del menor ante la ley es matizado, además, por el art. 2 de la CDN de 1989, que postula el principio de no discriminación, consecuencia de la aplicación del principio de igualdad<sup>510</sup>.

---

<sup>505</sup> CE, cit. Art. 1: *España se constituye en un estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

<sup>506</sup> DUDH de 1948, cit. Art. 10: *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

<sup>507</sup> PIDCP de 1966, cit. Art. 14: *1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (...). Y: 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; e) A ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; f) A ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*

<sup>508</sup> «Reglas de Beijing», cit. Regla 14: *Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión será puesto a disposición de la autoridad competente, que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.*

<sup>509</sup> Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Los estados civiles». En: *Derecho civil. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1995. Pág. 356. Referencia tomada de: SANZ HERMIDA, A. M.: *El nuevo proceso penal del menor*, ob. cit. Pág. 52.

<sup>510</sup> CDN, cit. Art. 2: *1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra*



La consecuencia práctica en la LORRPM está recogida en su Disposición Final Primera, previendo el derecho supletorio en materia de delincuencia juvenil, e incidiendo tanto en el ámbito sustantivo -«Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales»- como en el ámbito procesal -«y, en el ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma»<sup>511</sup>. Y por ende, la declaración expresa contenida en su art. 1: «2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España»<sup>512</sup>. En consecuencia, toda norma que pueda beneficiar a un adulto deberá ser aplicada al menor infractor, incluida la jurisprudencia, pudiendo ser alegada en su defensa aún cuando el autor del hecho delictivo que una sentencia refiera tenga como protagonista un adulto.

Pero es que además, la vigencia del principio de igualdad hace compatible «la existencia de dos formas procesales distintas (...) pues, como es claro, la diferencia sustancial entre unos y otros (menores y adultos) en cuanto a la responsabilidad penal es fundamento objetivo más que suficiente de la diferencia procesal»<sup>513</sup>. Siguiendo así la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que fundamenta

---

*índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.* En este sentido, España acoge el principio de no discriminación en sendos Planes Estratégicos Nacionales de Infancia y Adolescencia: «El principio de no discriminación, en virtud del cual todos los derechos deben ser aplicados a todos los menores de edad sin distinción alguna de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, la discapacidad, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, promoviendo la igualdad de género y el principio de equidad». Vid. *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA)*, cit. Pág. 7. Cfr. *I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009 (I PENIA)*, cit. Pág. 23.

<sup>511</sup> LORRPM, cit. DF Primera.

<sup>512</sup> LORRPM, cit. Art. 1.2.

<sup>513</sup> Vid. STC 36/1991, cit. FJ 9.

la desigualdad de trato entre menores y adultos en el carácter eminentemente protector del procedimiento aplicable a los menores<sup>514</sup>.

«Así, los principios tradicionales del derecho penal como el acusatorio, legalidad penal y su vertiente formal reflejada en el principio de tipicidad, proporcionalidad, oralidad, contradicción, inmediación y libre valoración de la prueba, son de inexcusable aplicación en el proceso penal de menores y se corresponden con los derechos que se establecen en el artículo 24 de la Constitución: tutela judicial efectiva, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de Letrado, a un proceso sin dilaciones y a la presunción de inocencia»<sup>515</sup>.

Este principio de igualdad del menor ante la ley cuenta con una única excepción en relación al proceso penal de adultos, y es el principio de no publicidad de principio a fin del procedimiento, por razones tendentes a preservar al menor de una segunda estigmatización, ya no sólo por haber entrado en el circuito judicial como consecuencia del ilícito penal cometido, sino por la publicidad de su identidad a que da lugar tal circunstancia, como sucede con los adultos. Así se reconoce por nuestra Carta Magna en su art. 120, aún cuando no especifica que se trate de un menor de edad.

Este principio de no publicidad de las actuaciones es una exigencia básica del proceso para salvaguarda de las garantías de las partes y evita la indefensión de cualquiera de ellas. Viene proclamado por la LORRPM en el art. 35, facultando al Juez de Menores para acordar la no publicidad de las actuaciones, siempre en interés superior del menor, preservando así su identificación.

No obstante, no debiera confundirse con lo dispuesto en el art. 24 del mismo cuerpo normativo, por el que se concede al Juez de Menores la facultad de acordar mediante auto motivado el secreto del expediente de reforma durante la fase de instrucción, pero siempre que lo soliciten el Ministerio Fiscal, el propio menor infractor

---

<sup>514</sup> STEDH, Caso Boumar, cit.

<sup>515</sup> Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho penal de menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 80. Como bien explica la autora, «Ello es así porque los derechos fundamentales y libertades públicas disfrutan de una doble condición ya que, además de posiciones jurídicas básicas de las personas, son elementos objetivos del orden jurídico y acaban operando como principios del mismo». Pág. 80.

o su familia. Este precepto implica que ninguna de las partes –ni el perjudicado, ni el letrado del menor infractor- van a intervenir ni se les va a notificar ninguna diligencia durante el tiempo que dure el secreto acordado. En todo caso, implicará una limitación al derecho de contradicción de las partes en el proceso, dado que este precepto impide a las mismas conocer la marcha del expediente de reforma para ejercitar su defensa, pero en ningún caso una limitación al principio de publicidad de las actuaciones<sup>516</sup>.

El principio de no publicidad está previsto en la normativa internacional, para evitar la individualización del menor infractor. En concreto: el art. 6.1 del CEPDHLF de 1950<sup>517</sup>, el art. 14 del PIDCP de 1966<sup>518</sup>, la Regla 8 de las «Reglas de Beijing» de 1985<sup>519</sup>, y el art. 40.2 de la CDN de 1989<sup>520</sup>.

### 9.2.2.3. El principio de especialidad.

Con carácter previo, resulta necesario identificar el elemento individualizador de la naturaleza penal del proceso de menores, sobre lo que cabe distinguir tres posturas diferenciadas: el hecho de que a través del proceso pueda concluirse en la imposición de una medida judicial al menor infractor, como manifestación del *ius puniendi* del

---

<sup>516</sup> La posibilidad que la LORRPM concede al Juez de Menores de decretar el secreto del expediente de reforma incoado al menor infractor es muy similar a lo dispuesto en los art. 301 y 302 de la LECrim para el secreto del sumario, y con un carácter más general, en el art. 232 de la LOPJ. Cfr. LECrim, cit. Art. 301 y 302; LOPJ, cit. Art. 232. Aún cuando también admite las excepciones: Cfr. CE, cit. Art. 120.1; LOPJ, cit. Art. 233.

<sup>517</sup> CEPDHLF, cit. Art. 6: «Derecho a un proceso equitativo». 1. (...) el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan, o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario para el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

<sup>518</sup> PIDCP, cit. Art. 14: (...) La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de orden moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opción del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

<sup>519</sup> «Reglas de Beijing», cit. Regla 8: En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.

<sup>520</sup> CDN, cit. Art. 40: 2. Los Estados Partes garantizarán en particular: b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas fases del procedimiento.

Estado; que tenga su origen en la comisión de un ilícito penal; o que esté en juego la aplicación de una norma sustantiva penal<sup>521</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional ya se decantó sobre la naturaleza penal del proceso de menores en su STC 36/1991, de 14 de enero, aún cuando su línea argumental sea más que discutible. Resulta interesante la disquisición que se plantea entre si el cauce procedimental del art. 15 de la LTTM que deroga podía considerarse «proceso» o «procedimiento», y ello porque la doctrina no era unánime en la consideración del trámite de justicia juvenil como un proceso penal o, más bien, como un proceso sancionador. Se concluyó en la naturaleza de «proceso», propio únicamente de los órganos jurisdiccionales ante la existencia de un conflicto *inter pares*, en tanto que el «procedimiento» puede existir en cualquier actividad jurídica. Sin ser, obviamente, conceptos contradictorios. Faltaba determinar si su carácter es o no «penal», para lo cual toma dos vías de interpretación: una material, en función de la infracción que origina el proceso; y otra formal, según la medida que se adopte como consecuencia de la infracción<sup>522</sup>.

---

<sup>521</sup> Al respecto, son dos las posturas doctrinales bien diferenciadas en la doctrina española acerca de la función del proceso penal: un sector de la doctrina, como MONTERO AROCA y DE LA OLIVA SANTOS, entre otros autores, entienden que al proceso penal le corresponde, con carácter general, la función clásica y fundamental de realización del *ius puniendi* del Estado. Otro sector doctrinal, como GIMENO SENDRA, mantiene que el proceso penal, junto a la clásica función de actuación del Derecho penal, tiene asignadas otras funciones, como la protección del derecho a la libertad, el derecho a la tutela de la víctima, la reinserción del imputado, la realización de prestaciones como la reparación del daño causado o la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Cfr. MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, 21ª ed., Valencia, 2013. Pág. 11; DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2007. Pág. 6-7; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal penal*, Ed. Colex, Madrid, 1999. Pág. 43 y ss. Referencias tomadas de: SANZ HERMIDA, A. M.: *El nuevo proceso penal del menor*, ob. cit. Pág. 53.

<sup>522</sup> Cfr. STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero, cit. FJ 2: *En lo que respecta a la naturaleza de los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores, este Tribunal en STC 71/1990, y ATC 473/1987 y 952/1988, si bien puso de manifiesto la peculiar naturaleza del procedimiento de protección de menores, regulado junto con el procedimiento reformador en el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (en adelante, L.T.T.M.), no cuestionó, en momento alguno, su naturaleza como un verdadero proceso. Idéntica afirmación, con más fundamento aún, hay que realizar en el procedimiento para corregir o reformar a menores. No es admisible negar el carácter de proceso, como argumento de inadmisibilidad, aduciendo la falta de contradicción, la no intervención del Ministerio Fiscal ni de Letrado defensor del menor, pues ello constituye precisamente uno de los principales motivos aducidos para cuestionar la constitucionalidad del citado precepto que, pese a regular un cauce procesal para imponer medidas reformadoras a los menores que hubiesen incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delitos o faltas, no prevé la necesaria intervención de tales partes, ni otras garantías procesales que pudiesen considerarse imprescindibles en un Estado de Derecho para este tipo de procedimientos.*

Este procedimiento se sigue ante los Jueces de Menores, órganos con potestad jurisdiccional, y por ende miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son jueces «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»<sup>523</sup>. La LOPJ, en cumplimiento de lo dispuesto en la CE, incardina a los Juzgados de Menores dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser una jurisdicción especial, y establece que los Jueces de Menores tienen potestad jurisdiccional<sup>524</sup>, correspondiéndoles «el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes»<sup>525</sup>.

La Disposición Final Cuarta de la LORRPM regula expresamente la necesidad de especialización de los profesionales que intervienen en la jurisdicción de menores, y la Disposición Final Tercera los mecanismos para la adecuación

#### **9.2.2.4. El principio de legalidad penal con relación a la sanción y la ejecución de las medidas, y su consecuencia: el principio de proporcionalidad.**

Sobre el principio de legalidad penal también se apoya el principio de legalidad en materia sancionadora: es decir, que la medida sancionadora de privación de libertad en régimen cerrado, semiabierto o abierto, o de cualquier otra naturaleza, tan sólo procederá en los casos previstos y tipificados en el CP.

---

<sup>523</sup> Vid. STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero, cit. FJ 2. *El texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por el Decreto de 11 Jun. 1948, convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativos-jurisdiccionales, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministro de Justicia y que, además, dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, dependiente a su vez del Ministerio de Justicia. Dicha estructura se alteró ya por las modificaciones introducidas por el Decreto 414/1976, de 26 Feb., que posibilitó al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores y ha sido radicalmente cambiada después de la entrada en vigor de la Constitución y en consonancia con ésta.* Vid. STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero, cit. FJ 2, párrafo 4.

<sup>524</sup> LOPJ, cit. Art. 26. Siendo los Jueces de menores jueces ordinarios y especializados. *Otras consecuencias, por ejemplo, de la incardinación dentro de la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción de menores son las relativas a la elección de Decano (art. 166), reparto de asuntos (art. 167) concursos de provisión (aunque en este caso con preferencia por la especialización, art. 329.1 y 3, aprobándose el Reglamento para la especialización como Juez de Menores, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 Jun. 1987). Por último, la Ley 38/1988, de 28 Dic., de Demarcación y de Planta Judicial, ha determinado la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores, que tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente.* Vid. STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero, cit. FJ 2.

<sup>525</sup> LOPJ, cit. Art. 97.

De igual modo la duración de las medidas sancionadoras aplicables al menor infractor, que no podrán exceder, en ningún caso, del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad impuesta a un mayor de edad declarado responsable por el mismo hecho según lo dispuesto por el CP.

Se enuncia así un auténtico derecho fundamental: el derecho del menor infractor a no ser condenado y sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente, y siempre por un período de tiempo inferior o igual que el que correspondería a un adulto por los mismos hechos. Si bien, con la precisión esencial, al tratarse de un menor de edad, al que sólo se exige responsabilidad penal si la acción ilícita la hubiera cometido entre los catorce y los dieciocho años.

La LORRPM, a efectos sancionadores, establece una bi-diferenciación del menor infractor por tramos de edad: de catorce y quince años cumplidos, y de dieciséis y diecisiete años cumplidos. En cualquier caso referidas, por un lado, al momento de la comisión del hecho delictivo, y a la mayor o menor gravedad del ilícito cometido, fundamentada en principios orientados hacia la reeducación del menor infractor, en base a sus circunstancias personales, familiares y sociales, teniendo especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia. Y por otro lado, en cuanto a la duración de las medidas del art. 9 que se impongan al menor infractor, más limitada para el menor que se encuentre en el primer tramo de edad (14-15).

Hasta la modificación de la LORRPM por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la diferenciación de edades en la comisión del ilícito de edad por el menor infractor también afectaba a la posible intervención del perjudicado en el proceso de menores como acusación particular, en que el menor infractor debía encontrarse en el segundo tramo de edad (16-17), y siempre que hubiere cometido un delito (que no falta), y se hubiere empleado violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas<sup>526</sup>. Si bien, con la reforma de 2003 se admite la personación de la acusación particular en el procedimiento, «a salvo de las acciones previstas en el art. 61

---

<sup>526</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 25 *Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular*.

de esta ley», las personas directamente ofendidas por el delito o falta, con los mismos derechos y facultades que derivan de ser parte en el procedimiento penal<sup>527</sup>.

En cuanto al «joven» infractor (18-21), la aplicación de la ley del menor a efectos sancionadores aparece condicionado a que el infractor hubiere delinquido siendo menor imputable penalmente, y siempre que lo aconsejen sus circunstancias personales y el grado de madurez de su autor, la naturaleza y la gravedad de los hechos susceptibles de sanción penal.

En relación con las medidas judiciales a imponer al menor infractor, consecuencia de los principios de legalidad penal y de intervención mínima analizados anteriormente es el principio de proporcionalidad en la imposición de las mismas. Este principio aglutina no sólo la idea tradicional de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la imposición de la medida, sino también el ejercicio del *ius puniendi* como límite material del Derecho penal<sup>528</sup>. La intervención jurídico-penal debe orientarse hacia la protección de bienes jurídicos, en la observancia de los principios de idoneidad y necesidad para alcanzar tal fin, lo que exige que la intervención penal sea proporcional *strictu sensu*<sup>529</sup>.

---

<sup>527</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre). Art. 25 en relación con el art. 4. Clarificada por vía interpretativa y sin necesidad de modificar el precepto en cuestión, por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cit. En concordancia con los art. 24.1 y 125 de la CE; y art. 109, 110, 270 y 783 de la LECrim. Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Pág. 1(11-16) a 143.

<sup>528</sup> Cfr. NAVARRO FRÍAS, I.: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios», cit. Pág. 3.

<sup>529</sup> «Según su formulación en derecho europeo, el principio de proporcionalidad en su sentido amplio, se compone de tres elementos o subprincipios: a) el de utilidad o adecuación; b) el de la necesidad o indispensabilidad; y c) el de proporcionalidad *strictu sensu*. Cada uno de estos elementos que lo integran requiere un juicio o análisis en su concreta aplicación y que implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes: la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin, esto es, es preciso que al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (juicio de adecuación), en segundo lugar, la medida ha de ser necesaria, o la más moderada entre todos los medios útiles, en el sentido de que no sólo ha de comprobarse si la acción se legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino que además es imprescindible porque no hay otra más suave o moderada a tal propósito (juicio de indispensabilidad), y, finalmente, proporcionada, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades, es decir, es preciso que la medida enjuiciada sea también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que se busca con la finalidad perseguida (proporcionalidad *strictu sensu*). Vid. PERELLÓ DOMÉNECH, I.: «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 28, Madrid, Marzo\_1997. Disponible en Internet: <http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/nRevista.asp>. Pág. 69(70) a 75. Cfr. NAVARRO FRÍAS, I.: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de

A este respecto, la concepción clásica del principio de proporcionalidad en Derecho penal no encaja propiamente con el espíritu de la «ley del menor». Para responder a la cuestión de si es proporcionado actuar sobre el menor infractor con la imposición de una medida de carácter retributivo por la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, y con cuánta medida es proporcionado intervenir, se mira fundamentalmente a todos los elementos que han rodeado la comisión del ilícito cometido, y en ningún caso al futuro del menor infractor<sup>530</sup>. Sólo cuando concurren cuestiones de necesidad, el legislador sí mira al futuro planteándose cuestiones de prevención general, y los jueces, a la hora de hacer justicia, considera la vida del reo planteándose cuestiones de prevención especial. De donde se deduce que la previsión de la medida no es propiamente un medio sino pura reacción jurídico-penal. De ahí que habría que atender a las peculiaridades propias que presenta el ámbito jurídico-penal de la justicia juvenil, sin perder de vista que los elementos que entran en juego con el principio de proporcionalidad, en el caso del Derecho penal juvenil, son el menor infractor y su hecho delictivo<sup>531</sup>.

---

proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios», cit Pág. 4. Señala la autora, tomando como punto de partida la doctrina alemana, que «históricamente el principio de proporcionalidad en sentido estricto se consolida en un momento posterior que los subprincipios de idoneidad y necesidad, y ello porque este principio parte de una libertad entendida en sentido positivo (capaz de enfrentarse y oponerse en su caso a los intereses del Estado) que sólo se logra en los Estados constitucionales desarrollados», cit Pág. 4.

<sup>530</sup> En este sentido, han sido muchas los recursos de inconstitucionalidad planteados ante el Tribunal Constitucional por entender que la adopción de determinadas medidas judiciales afectan a otros derechos fundamentales del infractor. Para resolver esta cuestión, el Alto Tribunal ha dejado formulada la construcción del principio de proporcionalidad, para lo cual utiliza el siguiente criterio: si el sacrificio de los derechos fundamentales del infractor es susceptible de alcanzar una justificación objetiva y razonable, y cumple la exigencia de necesidad, requerida por la regla constitucional de proporcionalidad en relación a los sacrificios que debe presidir la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional concluye que la imposición de una medida judicial restrictiva de los derechos fundamentales se entenderá necesaria cuando de su resultado pueda depender el ejercicio del *ius puniendi*, lo que sólo acontecerá cuando su puesta en práctica permita acreditar, de modo objetivo, la existencia de alguno o algunos de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación y, de modo subjetivo, su participación en los mismos. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC núm. 55/1996 (Pleno), de 28 de marzo [LA LEY 4318/1996]. FJ 6. Tomado de: PERELLÓ DOMÉNECH, I.: «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», cit. Pág. 73-74. Un estudio más amplio sobre el principio de proporcionalidad en: LOPERA MESA, G. P.: «Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 70, Madrid, 2011. Pág. 23 a 32; *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006. Pág. 1 a 661.

<sup>531</sup> «Perspectiva garantista que relaciona la pena con el autor y su hecho». Cfr. NAVARRO FRÍAS, I.: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios», cit Pág. 27.



Del mismo modo, la normativa internacional se pronuncia a favor de la intervención mínima del Derecho penal. En concreto: el art. 40.3 de la CDN, como las «Reglas de La Habana» aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1990, cuya idea central es que sólo se podrá privar de libertad a un menor como último recurso, por el período mínimo necesario, y limitado a casos excepcionales<sup>532</sup>.

#### **IV. ACIERTOS O DESACIERTOS DE LA TÉCNICA LEGAL EMPLEADA: UNA JUSTICIA OMNIABARCANTE.**

##### **10. Los fines del Derecho penal de menores y sus contradicciones.**

Del análisis realizado hasta ahora sobre el modelo de responsabilidad del menor infractor y la normativa legal por la que se rige, puede concluirse con acierto que el Derecho penal de menores evidencia el carácter preventivo del mismo, aún cuando el menor infractor no responda según el CP, pero sí conforme a una legislación alternativa, más dirigida a la resocialización pero preventiva en cualquier caso, y, por tanto, basada en la defensa social<sup>533</sup>. Ante la comisión de un ilícito penal por el menor infractor resulta indudable la reacción del poder estatal, pero sí cómo reacciona, a pesar de que la propia legislación penal declare no valer la misma solución al conflicto protagonizado por un menor de edad que por un delincuente adulto, pero tal circunstancia no impide que la defensa social se anteponga a las necesidades educativas.

Por otro lado, el elemento individualizante de la responsabilidad penal del menor infractor siempre ha respondido a un criterio puramente de política criminal, aunque ha

---

<sup>532</sup> CDN, cit. Art. 40: 3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales;* «Reglas de La Habana», cit. Regla 2: *Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.*

<sup>533</sup> Tal y como establece el art. 1 de la LORRPM en conexión con el art. 19 del CP de 1995. Al respecto: cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 171.

ido variando como ha quedado expuesto en el epígrafe 1, pero nunca ha sido un obstáculo para el castigo. Tradicionalmente, el punto de mira se puso en la mayor o menor capacidad de discernimiento en su actuar ilícito, de la que dependía una mayor o menor capacidad de culpabilidad, por lo que el Derecho penal juvenil se basaba en el condicionamiento de la exigencia de responsabilidad a la prueba de su imputabilidad, que remite a la capacidad de motivación por la comprensión de la antijuridicidad<sup>534</sup>. La capacidad de discernimiento en el menor de edad ha sido superada por el concepto psicosocial de evolución a la adultez de los comportamientos asociales cometidos por el menor infractor en la fase inconformista de la adolescencia. Pues la experiencia sigue reiterando que dichos comportamientos asociales normalmente desaparecen por sí solos, sin necesidad de intervención del control social<sup>535</sup>.

Con posterioridad, el positivismo jurídico consideró que el criterio cronológico de la edad ofrece una mayor seguridad jurídica que la capacidad de discernimiento, entendiéndose la menor edad como «moratoria» previa a la adultez, que se alcanza con la mayoría de edad fijada en los dieciocho años. La doctrina más moderna aboga por replantearse si el riesgo de victimización, tradicionalmente igual y homogéneo para cualquier menor en virtud de la edad –factor que modula su especial vulnerabilidad–, debe comenzar a entenderse como un riesgo selectivo y diferencial según la

---

<sup>534</sup> La imputabilidad requiere la demostración de la capacidad del sujeto conforme a su desarrollo mental de comprender la antijuridicidad de su actuar ilícito, y de dirigir su acción delictiva de acuerdo con esta comprensión. Factores éstos que miden la capacidad de culpabilidad. Aún cuando algún sector de la doctrina ha considerado la culpabilidad como una categoría no aplicable al menor infractor, por entender que la exigencia de su demostración (la no culpabilidad) exige la demostración positiva de su libertad, y ello sería inviable. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 183; VIVES ANTÓN, T. S.: «Constitución y Derecho penal de menores», ob. cit. Pág. 91-104. Sin embargo, un sector de la doctrina, inicialmente reacia a los estudios empíricos de determinación de la mayor o menor capacidad de discernimiento, por entender que las aportaciones de la psicología y la psiquiatría a penas tienen interés para la dogmática penal, reconocen que sólo a través de dichos estudios experimentales puede llegarse a demostrar las limitaciones de la capacidad de autoconducción del sujeto. Y es que la capacidad o falta de capacidad de culpabilidad y su mayor o menor intensidad sólo puede constatararse a través de las ciencias experimentales. Cfr. ALBRECHT, P. A.: «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Ed. Decker, Munich, 1983. En: ROXIN, C.: *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (Trad.), Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Marcial Pons, Barcelona, 1992. Pág. 135-136. Una excelente exposición de psicología evolutiva: cfr. DE LUCAS COLLANTES, M.: «Psicología evolutiva». CABANYES, J.; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, Cap. X, EUNSA, 2ª ed., Pamplona, 2010. Pág. 127-140.

<sup>535</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, ob. cit. Pág. 132 y ss; RÍOS MARTÍN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, Ed. Comares, Granada, 1993. Pág. 151.

conurrencia de diversos factores de tipo personal, social y situacional, como es el impacto de las TICs en su desarrollo personal y madurativo<sup>536</sup>.

A efectos penales, la menor edad se recoge en el art. 20 del CP de 1995 como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, y, consecuentemente, contemplada como un atenuante de dicha responsabilidad penal, pero nunca como eximente. Salvo que el menor infractor no haya cumplido los catorce años, en cuyo caso se entiende que es «inimputable» penalmente, aunque sí cabe la exigibilidad de responsabilidad civil por el ilícito cometido, que recaerá subsidiariamente sobre sus padres. En consecuencia, el menor infractor es «responsable» de su actuar ilícito, lo que pone al descubierto el carácter preventivo en la atipicidad de dichas atenuantes<sup>537</sup>.

En la práctica, los parámetros de intervención utilizados para con el menor infractor son los mismos que los utilizados por el Derecho penal de adultos. Esto no debiera ser así, ya que, como enseña la experiencia, el fenómeno de la delincuencia juvenil se debe a un período «natural» de rebeldía transitorio –en un altísimo porcentaje de los casos- que desaparece también de modo natural cuando el menor infractor alcanza la edad adulta<sup>538</sup>. Es la «moratoria juvenil» de la que hablan algunos autores: es

---

<sup>536</sup> Pionero de esta corriente doctrinal es el Prof. Dr. D. Antonio García-Pablos de Molina, además, de la presente Tesis Doctoral, trabajo que trata de trazar las líneas maestras de esta nueva corriente doctrinal.

<sup>537</sup> LORRPM, cit. Art. 1 en conexión con el art. 5 del mismo cuerpo legal, y con el art. 20 del CP. En relación al cómputo del tiempo para fijar la edad: CC, cit. Art. 315 párrafo 2: *Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento*. Criterio éste muy discutido en la doctrina y la jurisprudencia, por entender que la edad se fija momento a momento. En el mismo sentido, la Fiscalía General del Estado: Instrucción 1/1993, cit. Pág. 7 y 8.

<sup>538</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de menores y jóvenes», ob. cit. Pág. 268 y 269. Resulta muy interesante el análisis empírico que la Criminología hace de la criminalidad de menores, obtenido con una metodología científica y rigurosa, para entender el fenómeno de la delincuencia juvenil, siendo la etapa adolescente el hecho diferencial de este tipo de delincuencia o criminalidad. La misma concluye que, al margen del riesgo que implica cualquier generalización, hay unos datos comunes al menor infractor: la normalidad estadística del comportamiento irregular del menor de edad (especialmente, faltas o delitos de escasa importancia); la selectividad y discriminatoriedad del control social formal todavía en alza, aunque cada vez se extiende más a todos los estratos sociales; la frecuente existencia de un «círculo victimal» en la vida del menor infractor; el injusto estereotipo del menor delincuente y la «visibilidad diferencial» de la criminalidad juvenil respecto a la del adulto; el fracaso escolar y el mal funcionamiento de los grupos primarios, que expresan un déficit del proceso de socialización del menor infractor; la experiencia negativa que aporta al menor infractor la entrada en el circuito judicial; la carencia de una normativa homogénea y común a todas las Comunidades Autónomas. Cfr. SIEGEL, L. J.: *Criminology: Theories, patterns and typologies*, Ed. West Publishing Company, 11ª ed., CengageBrain User, USA, 2013. Pág. 1(70-85) a 615; BECKER, H. S.: *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, Free Press of Glencoe, New York, 1973. Pág. 34 y 35; GARFINKEL, H.: «Conditions of Successful Degradation Ceremonies», en *Symbolic Interactionism*, Ed. Manis & Meltzer, Boston, 1972. Pág. 201-208; TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Responsabilidad penal de los menores», en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.), Ed. Tirant Lo

decir, que hay una edad crucial en el desarrollo inicial del individuo en que la comisión de un delito a edades tempranas normalmente desaparece con la madurez<sup>539</sup>. Lo que no significa que el menor infractor sea perfectamente culpable de su actuar ilícito.

Dicho lo cual, puede decirse con acierto que el Derecho penal de menores no es un eufemismo: su naturaleza es esencialmente penal, y por delito<sup>540</sup>. Se basa en la evolución psicosocial del menor para establecer los tramos de edad a efectos procesales y sancionadores; la reacción penal aparece condicionada a la ausencia o disminución de la culpabilidad del menor infractor y a la edad –no se castiga igual al menor de catorce o quince años que al que tiene dieciséis o diecisiete-, y está sometida a la restricción del

---

Blanch, Valencia, 2004. Pág. 47(58-59) a 64; GARCÍA PÉREZ, O.: «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico», ob. cit. Pág. 35-37; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», ob. cit. Pág. 224; SCHNEIDER, H. J.: *Kriminologie*, Ed. Walter de Gruyter Incorporated, Berlín – Nueva York, 1987. Pág. 649 y 650; DE LEO, G.: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, ob. cit. Pág. 70.

<sup>539</sup> Así se expresa CUELLO CONTRERAS, quien se muestra partidario de no intervenir penalmente en esa fase de «moratoria juvenil», previendo medidas de seguridad cuando haya un peligro serio de repetición de conductas violentas del menor, y que puede ser utilizado para justificar la defensa social. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 4. Es muy numeroso el sector doctrinal que aboga por reconducir todo el Derecho penal de menores a un régimen de menores situado más allá del sistema penal: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 270 y ss; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «La justicia de menores en España». En: DE LEO, G.: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, Ed. Teide, Barcelona, 1985. Pág. 119-137; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: Pág. 637. En Derecho comparado, la doctrina alemana ha sido pionero en alzar la voz, para plantear la reconducción del Derecho penal de menores al Derecho protector de menores de tinte educativo; o incluso, en lugar de castigar o educar (con la connotación negativa de la comisión de un hecho delictivo por el menor infractor), propone la ayuda y una mayor solidaridad con el menor sometido a la justicia penal juvenil: Cfr. CANTARERO BANDRÉS, R.: «Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad». CARBONELL MATEO, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B.; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E.; QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2005. Pág. 171-180; Pág. 258; RÍOS MARTÍN, J.C.: «El menor ante la ley penal: educación vs. penalización», en *Revista Actualidad Penal*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1994. Pág. 474 y ss; CANTARERO BANDRÉS, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.

<sup>540</sup> En España, el Derecho penal de menores, como ya he señalado, es un Derecho penal del hecho. Esta responsabilidad penal por el hecho cometido es el principio fundamental y el nudo gordiano para tirar por tierra la ideología positivista y correccionalista en el ámbito de la justicia juvenil. Cfr. GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad», ob. cit. Pág. 178. Al respecto, conviene recordar que «las valoraciones jurídicas son valoraciones “formales”, que atienden a la *ratio legis* de la norma y no contemplan los aspectos motivacionales y actitudinales del autor» que infringe la norma penal. Por lo que «el diagnóstico jurídico de un hecho delictivo (hurto, robo, daños, etc.) prescinde, pues –por su naturaleza objetivo-formal- de la dimensión subjetiva, actitudinal y motivacional, por lo que difícilmente puede captar el sentido total de la conducta». Sin embargo, para tratar el fenómeno de la delincuencia juvenil de forma efectiva, no puede dejarse a un lado la psicología cognitiva, que es la que subraya la importancia capital del contexto subjetivo del autor y de las sutiles operaciones cognitivas que discurren en el mismo. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de menores y jóvenes», ob. cit. Pág. 264 y 265. Del mismo autor: Cfr. *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 444 y ss.

principio de proporcionalidad, en cuanto que, en ningún caso, se impondrá una medida judicial desproporcionada a la gravedad del delito cometido; se establece un marco flexible de justicia juvenil en la adopción y ejecución de la medida judicial, en atención a sus circunstancias personales, familiares, sociales, etc., así como un cauce procesal y de control judicial orientados a la educación del menor infractor, pero con criterios de prevención general positiva; y, finalmente, se orienta a la resocialización<sup>541</sup>.

### **10.1. Incompatibilidad de la finalidad educativa con los principios y los fines del Derecho penal juvenil.**

Puesto que la responsabilidad del menor infractor es de carácter penal y por delito, como así reconoce expresamente el propio título de la LORRPM actualmente vigente, tales requisitos sólo pueden deberse al clásico concepto de la culpabilidad jurídico-penal, exigencia esencial de toda responsabilidad penal. No obstante, la reforma del CP de 1995 ha supuesto un retroceso por lo que a la minoría de edad penal se refiere. Al establecer una responsabilidad penal para el menor que delinque, no sólo no se retrasa la mayoría de edad penal sino que se adelanta<sup>542</sup>. Aún cuando el menor infractor no quede sometido al mismo régimen penal de los adultos<sup>543</sup>.

La razón por la que someter al menor infractor a un régimen penal distinto al de la persona adulta, no es tanto por la presunta falta de capacidad para ser culpable desde

---

<sup>541</sup> «(...) un derecho de menores educativo tiene que enseñar al menor infractor la gravedad del hecho delictivo realizado, ha de prevenir nuevas recaídas en el menor y debe cumplir una función de prevención-integración, lo que sólo es posible a través de un Derecho penal de menores resocializador». Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 40 y 41.

<sup>542</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A.: «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. XXII, Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, 2000. Pág. 55(72-73) a 102.

<sup>543</sup> En el Derecho penal de adultos, el requisito de la culpabilidad cumple dos funciones fundamentales: a) la de determinar la imputación del delito pero sólo cuando el autor del mismo pudo motivarse por la norma infringida, y b) la de ser el límite máximo de la pena a imponer, en atención a la gravedad del delito. Sin embargo, esto no ocurre en el caso del menor infractor, cuando dicha capacidad adolece de defecto de la personalidad, desconocimiento inevitable de la prohibición o actuación en condiciones que dificultaron gravemente la motivación por la norma. En base a lo anterior, es en el concepto de la culpabilidad donde la minoría de edad justifica el sometimiento del menor infractor a un régimen de responsabilidad penal distinto al de la persona adulta, pues aparece precisamente como un presupuesto de déficit de la personalidad por inmadurez. Pues se entiende que la capacidad de culpabilidad todavía no ha podido formarse plenamente. Esta teoría que mucha parte de la doctrina pone en duda: Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 183; VIVES ANTÓN, T. S.: «Constitución y Derecho penal de menores», ob. cit. Pág. 91-104.

el punto de vista jurídico-penal (como un sector de la doctrina sostiene), ya que la minoría de edad penal aparece como un supuesto de déficit en la personalidad del menor infractor, sino por una razón puramente de política criminal: la adolescencia conlleva una crisis de la pubertad, muy proclive a la realización de conductas delictivas. Ahora bien, la contradicción del Derecho penal de menores estriba precisamente en su naturaleza penal pero con una finalidad educativa, cuando la responsabilidad penal del menor viene determinada por el delito cometido<sup>544</sup>. En consecuencia, el binomio responsabilidad penal y delito son requisitos que sólo pueden deberse al clásico concepto de la culpabilidad jurídico-penal, exigencia esencial de toda responsabilidad penal<sup>545</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico español concibe como penal el Derecho penal de menores, valga la redundancia: es decir, parte de la culpabilidad, y, en consecuencia, se

---

<sup>544</sup> Lo que parece evidente es que el Derecho penal de menores es Derecho penal. Y, por tanto, por más que se quiera disfrazar aduciendo su finalidad educativa, no es un Derecho social tal y como está concebido, es decir, no está programado para la ayuda, sino para prevenir nuevas conductas delictivas. Es decir, que en ningún momento se detiene en el bienestar del menor infractor. Cfr. ALBRECHT, P.A.: *El Derecho penal de menores*. BUSTOS RAMÍREZ, J. (Trad.), Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990. Pág. 11. No obstante, y efectos de reflejar otras visiones de la idea educativa de la justicia juvenil, autores como FERRAJOLI señalan que «represión y reeducación son incompatibles ya que un tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva del menor infractor con fines de integración o de repercusión social lesiona la dignidad del sujeto tratado y los principios fundamentales del estado democrático de derecho». Vid. FERRAJOLI, L.: «Derecho y razón», en *Teoría del garantismo penal*. BOBBIO, N. (Pról.), Ed. Trotta, Madrid, 1998. Pág. 1(171) a 989.

<sup>545</sup> La culpabilidad como el «reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico, y su fundamento se encuentra en la libertad humana, de manera que sólo se es culpable de una infracción en tanto en cuanto quepa presuponer que pudo haberse evitado». Vid. MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», ob. cit. Pág. 60 a 73. Cfr. COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 543. Autores como ROXIN o MIR PUIG han recurrido al concepto de «responsabilidad» para poder aunar culpabilidad y fines preventivos de la pena, sosteniendo que si en las infracciones cometidas por menores cabe afirmar la existencia de una culpabilidad disminuída, lo que está ausente en ellas es la necesidad preventiva del castigo. Cfr. ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, München, 1997. Pág. 779 y ss; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 608 a 612. Otros autores como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA o PORTILLA CONTRERAS señalan que no es imprescindible recurrir a una nueva categoría dogmática supralegal, pues el resultado deseado de reducir la intervención penal en el caso del menor infractor puede alcanzarse «desde una construcción de la teoría del bien jurídico con perspectivas minimizadoras y una concepción preventiva de la pena tendente a lograr la resocialización real de los menores y jóvenes». Para lo cual examina la «teoría del *Labelling Approach*», junto a determinados criterios de selección de los bienes jurídicos desde la óptica del principio de intervención mínima. Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G.: «Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor». En: *Protección Jurídica del Menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Ed. Comares, Granada, 1997. Pág. 109 y ss. Al respecto: Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1990. Pág. 157; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «La política criminal ante el hecho penalmente jurídico cometido por un menor de edad», ob. cit. Pág. 14-17.

concibe como un Derecho defensivo, basado en la defensa social frente al menor peligroso, anteponiéndose a las necesidades educativas del menor infractor. Sin embargo, la EM de la «ley del menor» señala que el menor infractor no responde penalmente por el CP, pues se orienta a la reeducación y resocialización –cuyos criterios son distintos de los de la culpabilidad-, en base a las cuales se fija la medida judicial a imponer al menor infractor<sup>546</sup>. Por lo que la LORRPM resulta contradictoria con los postulados de la dogmática penal. Se entremezclan los conceptos de «culpabilidad» y «peligrosidad», «responsabilidad penal» y «defensa social», «control social» y «resocialización».

Es claro que el Derecho penal de menores no acepta el riesgo del comportamiento asocial, y por eso lo controla en todos los casos. Sin embargo, en coherencia con su pretendida finalidad educativa, debiera distinguir, por un lado, aquellas conductas delictivas cometidas por menores que dan señales evidentes de peligrosidad futura, de aquellas conductas que se deben puramente a la crisis de la pubertad, pudiendo dejar estos casos a la «moratoria» de edad, al tiempo que se incide en la mejora del sistema educativo<sup>547</sup>. Es decir, lo que debiera plantearse es a qué otorgar preferencia: a la gravedad del hecho delictivo o a la predicción de peligrosidad del menor infractor.

Sobre cualquier menor considerado penalmente responsable en virtud del criterio cronológico de la edad, que comete un hecho delictivo, cae el peso de la LORRPM, y por ende queda sometido a un sistema penal, aunque alternativo del sistema penal de adultos. Cuando el razonamiento debiera ser justo el contrario: partiendo de la ausencia de culpabilidad, sólo debiera estimarse una vez comprobado que el menor infractor, pese a la menor edad, comprendió y actuó en contra de la norma penal. De ahí que

---

<sup>546</sup> LORRPM, cit. EM, I.3: (...) «una ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, fundamentada en los principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales, y que tenga especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia».

<sup>547</sup> Todo el campo de experimentación de la Criminología del desarrollo, centrada en los modelos evolutivos, ha constatado empíricamente que la delincuencia en la vida del menor de edad es un fenómeno estable, en tanto que, en aquellos individuos con carrera delictiva, está demostrado que la misma se empezó a fraguar en edad muy temprana, y en aquellos que abandonaron el actuar delictivo al llegar a la edad adulta desarrollaron una delincuencia ocasional, ya en la fase adolescente. Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, ob. cit. Pág. 132 y ss; RÍOS MARTÍN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, ob. cit. Pág. 122 y ss; DE LEO, G.: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, ob. cit. Pág. 70.

siendo la naturaleza material de la «ley del menor» sancionadora-educativa, parece un contrasentido apostar por la intervención punitiva del Estado a través de los aparatos de control social (policía, Fiscalía de menores, medidas privativas de libertad)<sup>548</sup>.

Si la finalidad educativa es incompatible con la culpabilidad, un Derecho de menores que parta de la capacidad de culpabilidad del menor infractor es un Derecho penal concebido a la medida de la defensa social, de la prevención del delito, antes que a la necesidad de educar al menor. Por lo que no es tanto un Derecho educativo del menor como de defensa de la sociedad frente al menor peligroso.

Desde el punto de vista de la sanción o el castigo, la experiencia profesional que dá la práctica judicial y forense con menores infractores pone al descubierto el hecho objetivo del impacto que tienen en el menor infractor ciertas sanciones –sin duda, las medidas de privación de libertad–, que, lejos de intimidarle, interfieren negativamente en su proceso de socialización. Bien es verdad que ningún proceso pedagógico o socializador puede prescindir por completo del estímulo aversivo que produce en cualquier individuo una sanción, pero no puede olvidarse que el menor de edad que entra en el circuito penal experimenta el castigo de modo muy distinto al adulto, lo que produce un impacto mayor en el menor que en el adulto.

---

<sup>548</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», ob. cit. Pág. 3. Como señala el propio autor, las razones de política-criminal por las que existe un régimen penal especial para el menor infractor de tinte educativo obedece a dos criterios, fundamentalmente: el primero, por debajo de cierta edad –según la LORRPM, de los veintiún años– el menor o joven infractor es más enderezable que un adulto por encima de esa edad, razón por la cual merece la pena apostar por la reeducación; y la segunda, por debajo de dicha edad, aún cuando existe la capacidad de culpabilidad, es más difícil controlar el impulso en el actuar ilícito, especialmente si se ve sorprendido por experiencias con las que no se había encontrado hasta entonces. Por ej.: la inevitabilidad del error de prohibición (error sobre la licitud de un determinado actuar, bien porque ese falso conocimiento versa sobre una norma penal en su totalidad –error directo de prohibición–, bien porque el error alude a un tipo permisivo causal de justificación –error indirecto de prohibición–), que eximiría de la responsabilidad penal del menor infractor. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho penal*, t. VI, Ed. Losada S.A., 3ª ed., Buenos Aires, 1964. Pág. 315-318; GARCÍA ARÁN, M.; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1996. Pág. 273, 375, 401-406 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 1992. Pág. 451, 455, 486; ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit. Pág. 626-632; JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. OLMEDO CARDENETE, M. (Trad.), Ed. Comares, 5ª ed. corregida y ampliada, Granada, 2002. Pág. 289, 496-499; QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General*. MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M. (Colab.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000. Pág. 426; CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Parte General*, ob. cit. Pág. 108 y ss; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Hacia un Derecho penal juvenil en España. A propósito del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor», en *Boletín de Información*, núm. 1771, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1996. Pág. 1585(1591-1592) a 1604.



El Derecho de menores, o es penal, o es educativo, pero ambas cosas son incompatibles, tal y como está concebido a día de hoy. De ahí que debamos replantearnos si el modelo de responsabilidad del menor infractor debe ser penal, *strictu sensu*, como es el actual, o queremos que el menor infractor responda de su actuar ilícito pero con una dimensión más social que penal.

#### **10.1.1. Un sistema alternativo de justicia juvenil de naturaleza formal preventivo-sancionadora pero materialmente sancionadora-educativa.**

Ciertamente, la EM de la LORRPM trata de acoger positivamente un sistema de responsabilidad penal del menor infractor que se aparte, en cierto modo, del enfoque correccional positivista que ha inspirado tradicionalmente la «ley del menor»<sup>549</sup>. La pretensión es buena. Ahora bien: como ya se ha dicho, desde la perspectiva dogmática-penal que empapa el Derecho penal español, no basta que la LORRPM proclame la finalidad educativa de la sanción o medida judicial a imponer al menor infractor, ni la previsión de medidas distintas a las del Derecho penal de adultos, con períodos de duración más cortos que las penas del Código penal, para llenarlas de contenido educativo; no basta con un Derecho penal en miniatura para el menor de edad que infringe la ley penal, para que deje de ser verdaderamente penal y se convierta en un Derecho educativo, pues desde la perspectiva educativa sólo tiene sentido garantizar para el menor de edad la mínima o nula culpabilidad, con medidas que se atengan exclusivamente al desarrollo de la personalidad del menor infractor. Aunque pueda parecer una obviedad: el Derecho de menores, o es penal o es educativo. Pero ambas cosas a la vez no caben, porque su finalidad es la protección de bienes jurídicos, aunque se empleen medios resocializadores.

Sí, en cambio, constituiría una neta diferencia de fines que mientras el Código penal se orienta predominantemente a la prevención del delito, a la defensa de bienes

---

<sup>549</sup> LORRPM, cit. EM. 7: *La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica de los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.*

jurídicos, el Derecho de menores se orientara predominantemente a la educación o resocialización del menor infractor, sacrificándose aquél fin a éste, algo que no hace nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, motivar al menor antes que tranquilizar a la sociedad. Esta es la conclusión a la que debiera llegarse para perfilar el Derecho de menores, pero ambos fines son incompatibles<sup>550</sup>. «Si se admite que el fin del Derecho de menores es la defensa social, no cabrá negar su naturaleza penal, pero con todas sus consecuencias, incluida aquélla que implica a la culpabilidad; si se quiere motivar al menor, el Derecho de menores no puede ser penal, habiéndose de sacrificar la defensa de la sociedad (el riesgo del daño) a la educación del menor, prescindiéndose del control social siempre perturbador para el fin educativo»<sup>551</sup>.

La doctrina no se muestra pacífica, ni mucho menos, en este aspecto. Autores altamente defensistas, apuestan por establecer un tramo de edad por debajo de la edad penal para ser considerado responsable penalmente, de tal manera que el menor infractor que carezca de capacidad de culpabilidad por ser «inimputable», pueda ser sometido al cumplimiento de una medida sancionadora por el delito cometido: es decir, reaccionar penalmente frente a los sujetos considerados incapaces para delinquir por ser «inimputables» en virtud de la edad, mediante la imposición de medidas de seguridad. Esta corriente doctrinal ha insistido incesantemente que no en todo caso falta al menor «inimputable» la capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión o la desaprobación jurídico-penal del hecho delictivo. Pues desaparecido el criterio del discernimiento para delimitar la culpabilidad del menor infractor resulta más que dudoso admitir que todos los adolescentes «inimputables» penalmente carecen de capacidad de motivación suficiente frente a la antijuridicidad de su conducta delictiva. Quizá debiéramos plantearnos si acaso el menor infractor «inimputable» en virtud de la edad no puede ser considerado sustancialmente responsable de las propias acciones antijurídicas en las fases evolutivas anteriores (la familia o el colegio) a alcanzar la edad mínima exigible para ser responsable penalmente<sup>552</sup>. En análogo sentido, hay autores

---

<sup>550</sup> Cfr. MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», ob. cit. Pág. 70-73; CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 3.

<sup>551</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.; MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», ob. cit. Pág. 4.

<sup>552</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATERO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Akal, Madrid, 4ª ed., Madrid, 1997. Pág. 1(184) a 448; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 482 y ss.; CANTARERO BANDRÉS, R.: *Delincuencia juvenil y*

que entienden que al evitar que el menor «inimputable» pueda medirse objetiva y racionalmente con sus propias acciones antijurídicas, se fomenta socialmente la inmadurez comportamental, amén de fomentar en los sectores más jóvenes de la sociedad la conformidad y legitimación ulterior de su conducta delictiva<sup>553</sup>.

De tal manera que el menor infractor imputable penalmente será sometido a una medida sancionadora –verdadera pena juvenil- en virtud de su culpabilidad, si bien la misma puede llevar aparejada una medida de carácter educativo, a cuyo sometimiento bastará con que de su consentimiento<sup>554</sup>. A este respecto, un sector de la doctrina se plantea qué hacer si el menor infractor no da su consentimiento a la imposición de la medida educativa; no es sana una reacción por el delito cometido por el menor inimputable, apostando, más bien, por una intervención como consecuencia del déficit educativo que destapa la comisión del delito; la reacción penal debería ser distinta para el menor infractor según la franja de edad en que se encuentre<sup>555</sup>.

Hay autores que entienden que los modelos penal y puramente educativo se aproximan, hasta el punto de considerar el Derecho penal de menores como una transición evidenciada a medida que el menor infractor se encuentra en un tramo de edad más cercano a la mayoría de edad. En cualquier caso, deberán respetarse los límites propios del Derecho penal y reconocer que se aplica en nombre de la defensa de la sociedad<sup>556</sup>. Aún cuando no deje de reconocerse que el Derecho penal es una amarga necesidad a la que debe sacarle el máximo provecho desde una perspectiva resocializadora.

---

*sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, ob. cit. Pág. 127; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad», ob. cit. Pág. 163 y ss.

<sup>553</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», ob. cit. Pág. 219 y ss.

<sup>554</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 179-185; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, ob. cit. Pág. 153 y ss; CARMONA SALGADO, C.: «La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica», en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Universidad Internacional de Andalucía, Granada, 1999. Pág. 135(157) a 160. Aún cuando hay otros autores que proponen un modelo culpabilista, sin más, y ello a fin de evitar abusos en nombre de lo educativo. Cfr. GARCÍA PÉREZ, O.: «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico», en *Revista Penal y Criminología*, núm. 3, Madrid, 1999. Pág. 33(71-74) a 76.

<sup>555</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La mayoría de edad penal en la reforma», ob. cit. Pág. 640 y 641.

<sup>556</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La mayoría de edad penal en la reforma», ob. cit. Pág. 639; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «Jóvenes y cuestión penal en España», ob. cit. Pág. 17 y ss.

Defender un modelo de responsabilidad del menor infractor como lo concibe nuestro ordenamiento jurídico español, conlleva que la reacción frente al delito consista en la imposición de una sanción penal. Quizá el legislador, al redactar la EM de la LORRPM, lo hizo con la pretensión de acoger el contenido del ALOPJM de 1995, texto legal que tendría como fin esencial la integración del joven y del menor en la sociedad, así como la reparación del daño causado y el restablecimiento del orden jurídico, mediante la aplicación de sanciones proporcionadas a la gravedad y naturaleza del hecho cometido, cuya ejecución estaría orientada a la educación del menor<sup>557</sup>. Por lo que la finalidad de la sanción no es exclusivamente represiva, sino orientada a la reeducación y reinserción social. La cuestión estriba en el enfoque correccional de la sanción: la reacción social frente al delito, consecuencia de la previa afirmación de responsabilidad del menor infractor. No implica, por tanto, su incompatibilidad con el fin resocializador, sólo que debe compatibilizarse con el elemento de la culpabilidad<sup>558</sup>.

Lo que sí es evidente, pues así lo reconoce la LORRPM, es que el elemento de la culpabilidad es el límite esencial de la prevención. Muy certera resulta la siguiente afirmación: «un Derecho de menores educativo –como el Derecho penal de menores– tiene que enseñar al menor infractor la gravedad del hecho delictivo realizado, ha de prevenir nuevas recaídas del menor, y debe cumplir una función de prevención-integración, lo que sólo es posible a través de un Derecho penal de menores

---

<sup>557</sup> LORRPM, cit. EM.5: (...) *tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas*; ALOPJM de 1995, cit. Art. 9: *La ley tendrá como fin esencial la integración del joven y del menor en la sociedad, la reparación del daño causado y el restablecimiento del orden jurídico*. Y el art. 27: *Apreciada la responsabilidad del menor o joven por la comisión de un delito o falta, atendida la gravedad y naturaleza del hecho cometido, el grado de participación en su ejecución, la edad del autor, su grado de madurez y su situación personal, familiar y social acordará la imposición de alguna de las consecuencias jurídicas previstas en la presente Ley*. Consecuencias jurídicas consistentes en penas y medidas. Pena juvenil consistente en la privación de libertad del condenado mediante su internamiento en centro cerrado para jóvenes, para aquellos supuestos de comisión con violencia o intimidación de algún delito grave con pena de prisión de en el CP. Cfr. ALOPJM de 1995, cit. Art. 11 y 28.1. Medidas disciplinarias o penas ambulatorias que se impondrán al menor infractor cuando el ilícito cometido no sea grave. Cfr. ALOPJM de 1995, cit. Art. 12 y 28.3. Medidas educativas que se aplicarán en el caso de que el hecho delictivo fuese calificado de falta, o si el Juez lo estima necesario para la educación del menor infractor en caso de delito, o conjuntamente con la pena juvenil o la medida disciplinaria, si su cumplimiento simultáneo es posible. Cfr. ALOPJM de 1995, cit. Art. 13 y 70.

<sup>558</sup> A este respecto, algunos autores entienden que el elemento de la culpabilidad limita la finalidad educativa de la intervención con el menor infractor: cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, ob. cit. Pág. 164; CERESO MIR, J.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, t. II, 2ª reimpresión, Ed. Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2000. Pág. 87 y ss.

resocializador»<sup>559</sup>. Y si no: ¿qué pasaría con el menor infractor que no fuera advertido de la gravedad de sus actos? Una buena educación también requiere concienciar al individuo de aquellas conductas que más dañan la convivencia entre los seres humanos, de lo que forman parte indiscutiblemente los contenidos del Derecho penal. De ahí la importancia de perfilar muy bien una eficaz política criminal en materia de «sanciones positivas» al menor infractor, teniendo en cuenta que las mismas, sin renunciar al carácter aflictivo de las mismas –por otra parte, necesario-, deben re-orientar el proceso de socialización del menor, con objetivos constructivos que no dañen y favorezcan su proceso de maduración e integración social<sup>560</sup>.

Todo ello ejemplifica la pretensión de la «ley del menor», que apuesta por una sanción al menor infractor orientada a la «reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas»<sup>561</sup>. Lo que pone de manifiesto la tendencia implícita de nuestro ordenamiento jurídico de perfilar un régimen jurídico de responsabilidad del menor infractor más socializador que penal, aunque de *facto* se haya articulado a la inversa.

#### **10.1.2. Diferenciación de tramos de edad en el menor infractor en clave de evolución psicosocial, a efectos procesales y sancionadores<sup>562</sup>.**

En coherencia con todo lo anterior, debiera concluirse que el destinatario de la LORRPM es el individuo de entre catorce y diecisiete años cumplidos, que ha cometido

---

<sup>559</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 41.

<sup>560</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 278-280; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», ob. cit. Pág. 221-224; RÍOS MARTÍN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, ob. cit. Pág. 244; GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000», ob. cit. Apartado V y ss.; GARRIDO GENOVÉS, V.: *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995. Pág. 63-70. En contra de esta postura, aquella parte de la doctrina que entiende que la mejor prevención general positiva es la punición: SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit. Pág. 175. Cuando es la educación, no sólo del menor infractor sino en términos generales, la mejor prevención-integración.

<sup>561</sup> LORRPM, cit. EM, 5 *fine*.

<sup>562</sup> LORRPM, cit. EM, 10 párrafo 1: *Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de sus consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupos diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas.*

un hecho delictivo tipificado en el CP como delito o falta, imputable penalmente acreditada la culpabilidad, y, en consecuencia, no concurriendo en el mismo causa de exención de culpabilidad prevista en el CP<sup>563</sup>. Sin dejar de hacer mención el régimen de los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno<sup>564</sup>.

El elemento dissociador del Derecho penal de menores estriba fundamentalmente en presuponer *iuris et de iure* una menor culpabilidad en el menor infractor por el hecho de ser menor de edad, aún cuando ésta va en aumento en la medida en que el menor infractor se aproxima a la mayoría de edad. Si bien es cierto que la edad más próxima a la mayoría de edad presupone una mayor comprensión de la ilicitud del hecho delictivo, y una mayor motivación por la norma penal, sin embargo, la mayor o menor culpabilidad del menor debiera constatarse con todas sus particularidades (aspecto intelectual y volitivo), con independencia de la franja de edad en la que se encuentre – de entre los catorce y los diecisiete años cumplidos-, pues la madurez del menor de edad viene condicionada cada vez más por su propia evolución social, anticipada en muchos aspectos, y muy retrasada en otros. Puede tener su incidencia, no sólo en la mayor o menor comprensión de la trascendencia del hecho delictivo, sino en la propia dinámica del ilícito que se le imputa. De ahí que deban tenerse en cuenta estos factores a la hora de imponer una medida sancionadora, pues facilitaría una elección más adecuada de la misma, y el menor asuma las consecuencias de su actuar delictivo.

En nuestro ordenamiento jurídico es la perspectiva teleológica político-criminal la reivindicada en la construcción de la teoría jurídica del delito, en la que se integra la culpabilidad del menor infractor, y por tanto su imputabilidad: se proyecta sobre la realidad del menor infractor en relación al adulto, más «irresponsable» en su actuar delictivo, de donde nace el principio rector de la justicia juvenil: la prevención especial<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> LORRPM, cit. Art. 1 en conexión con el art. 5.1. Y CP de 1995, cit. Art. 14 y 20.

<sup>564</sup> LORRPM, cit. Art. 4, de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CP de 1995.

<sup>565</sup> Y ello a pesar de que en muchos preceptos de la LORRPM dicho principio de prevención especial queda postergado al principio de prevención general. Sirva de ej.: en el caso de los mayores de dieciocho y menores de veintiún años, el recurso al CP o a la LORRPM, se tomarán en consideración no sólo sus circunstancias personales, sino también la gravedad del hecho. Cfr. LORRPM, cit. Art. 4.2.1º; la imposición de determinadas medidas con una duración mínima, tomando como base de su imposición la gravedad del hecho. Cfr. LORRPM, cit. Art. 9.5ª; las medidas de la DA 4ª, introducidas por la LO 7/2000, en conexión con el art.8 de la LORRPM. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los*

Sin embargo, puede resultar contradictorio con lo anterior, la no evitación de la sanción penal, ni los fenómenos de estigmatización y exclusión inherentes a la función penal<sup>566</sup>. Pensemos que el proceso de aprendizaje y socialización del menor infractor se halla tutelado y condicionado por sus grupos primarios, de suerte que su evolución en dicho proceso dependa de los vínculos familiares del menor, del éxito o fracaso escolar y de la calidad de las relaciones primarias; sus técnicas de aprendizaje, a diferencia de la persona adulta, son muy proclives a la imitación y repetición de modelos que terceros despliegan, y cuyo impacto sobre el adolescente puede ser un éxito o un fracaso; el déficit cognitivo del menor infractor resulta notorio, cuyos mecanismos de atribución y autojustificación son muy pobres, precisamente porque se trata de un individuo en proceso de maduración; sin pasar por alto los determinantes sociales que acaecen en la etapa adolescente, pues el menor depende por completo de la ayuda familiar, tanto desde un punto de vista psicológico como social<sup>567</sup>.

Todos estos factores hacen replantearse re-establecer el sistema de justicia juvenil vigente, sin abandonar el «paradigma de la inimputabilidad», término éste acuñado por el Prof. García-Pablos de Molina, ya que el menor infractor ostenta una capacidad elemental de responsabilidad, de asumir las consecuencias de sus actos, si bien con la necesidad de que el sistema a través del cual deba responder salga del Derecho penal. Al fin y al cabo, los distintos modelos de intervención con el menor infractor que se han dado a lo largo de la historia, y especialmente el modelo tutelar, no han sido sino un subterfugio para construir una modalidad sucedánea de responsabilidad

---

*menores, reformada por la Lo 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 188; ABEL SOUTO, M.: «Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. Consideraciones en torno al art. 7 de la ley penal del menor», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 6, Ed. La Ley\_Actualidad, Madrid, 2002. Pág. 105(107) a 164. No puede perderse de vista que la comisión del delito autoriza la intervención penal. Tal y como nuestro ordenamiento jurídico concibe el Derecho penal de menores, esa intervención penal se valora según el prisma de la prevención especial, a la que dotan de contenido el interés superior del menor y los objetivos educativos. De hecho la imposición de una medida judicial al menor infractor viene avalada de una necesidad preventiva. Cfr. LORRPM, cit. EM, 5 y 7, respectivamente, en conexión con el art. 14.

<sup>566</sup> GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad», ob. cit. Pág. 163-176.

<sup>567</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 259-261.

penal del menor infractor, ya que no han renunciado a los instrumentos represivos del Derecho penal común, ni a sus técnicas y actitudes<sup>568</sup>.

Desde la perspectiva puramente procesal, ha suscitado no pocos problemas la atribución de la comisión del hecho delictivo, ante el cambio de edad del infractor entre la acción y el resultado, el delito continuado y el delito permanente. Sobre estas cuestiones ya se pronunció la Fiscalía General del Estado, al señalar que, tal y como dispone el art. 5 de la LORRPM, la comisión del ilícito penal se atribuirá al menor infractor que al tiempo de la comisión del delito o la falta su edad oscilara entre los catorce y los diecisiete años cumplidos<sup>569</sup>. Si bien, en los casos en que entre la acción y el resultado el sujeto infractor alcance la mayoría de edad, se atenderá al momento de la acción u omisión, y no al resultado. Podría verse como un ej. claro de aplicación del principio jurídico-penal *in dubio pro reo*. Sin embargo, la propia «ley del menor» sale al paso de la situación por remisión del CP, entendiéndose cometido el delito o falta en el momento en que el sujeto ejecuta la acción<sup>570</sup>.

En cuanto a las infracciones penales continuadas, se estará a la edad del sujeto en el momento de la comisión de cada una de las infracciones. Sólo conocerá del delito continuado la jurisdicción de menores si el infractor fuere menor imputable en virtud de la edad en todo momento. Por lo que los hechos cometidos por el sujeto alcanzado la mayoría de edad no podrán integrarse en dicha categoría penal, por el solo motivo de tratarse de un delito continuado, y del mismo entenderá la jurisdicción penal común que corresponda<sup>571</sup>. Cuestión distinta es que, del seguimiento de un proceso penal por hechos cometidos durante la mayoría de edad se advierta la conexión con hechos

---

<sup>568</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Tomado de: ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Lo 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 37.

<sup>569</sup> Circular 1/2000, de 18 de diciembre, cit. Cfr. LORRPM, cit. Art. 14.

<sup>570</sup> LORRPM, cit. Art. 5: 3. *Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos (...)*. En conexión con el art. 7 del CP de 1995: *A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se considerarán cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*.

<sup>571</sup> CP de 1995, cit. Art. 132: 1. *Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado..., tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción*.



cometidos durante la minoría de edad, en cuyo caso el Ministerio Fiscal puede desistir de la persecución de los mismos<sup>572</sup>.

En el caso del delito permanente, el sujeto no puede ser juzgado por la jurisdicción de menores si ya hubiere alcanzado la mayoría de edad antes de desaparecer la situación ilícita, ni agravarán la responsabilidad de su autor<sup>573</sup>.

### **10.1.3. Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales. Especial exigencia del interés superior del menor infractor, como epicentro del sistema y la prevención general.**

El principio jurídico básico que ha guiado la redacción de la LORRPM ha sido el superior interés del menor infractor, centro de la actuación de la justicia juvenil, en atención a la normativa internacional, y en el marco del reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales. Es decir, que a pesar de estar ante una jurisdicción penal, la «ley del menor» persigue una finalidad, no tanto basada en la retribución sino en el interés del menor. Lo que se pone en entredicho en este trabajo es que dicha finalidad educativa sea coherente con los postulados del Derecho penal.

El principio rector del superior interés del menor conlleva ciertas exigencias. Como ya se expuso con anterioridad, encuentra su origen en el principio *favor minoris* del Derecho romano. Ello significa que todas las cuestiones que se susciten en relación al proceso penal al que se ve sometido el menor infractor, deberán resolverse buscando lo que sea más conveniente para el desarrollo de su personalidad. Así queda proclamado por la normativa internacional, en concreto, por el art. 3 de la CDN de 1989: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»<sup>574</sup>. Si bien, apartándose de los criterios penales estrictos, ¿no

---

<sup>572</sup> LORRPM, cit. Art. 18.

<sup>573</sup> CP de 1995, cit. Art. 132: 1. *Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito permanente..., tales términos se computarán, respectivamente, desde que se eliminó la situación ilícita.*

<sup>574</sup> Cfr. CDN, cit. Art. 3.1.

suponen un ataque a los principios de igualdad, seguridad jurídica, legalidad y proporcionalidad? Pues, en definitiva, el sometimiento del menor infractor a un proceso penal puede estar produciendo el efecto contrario al que se persigue, pues se le van a aplicar los criterios penales, lo que supone tratarle de forma más dura que a un adulto en idénticas circunstancias, o al menos de forma más grave a la aconsejable, precisamente porque se trata de un individuo en fase evolutiva.

Sirva como recordatorio que, a diferencia de la sistema penal de adultos, ante la imputación de un menor infractor no siempre se pone en marcha el aparato judicial por influencia del principio de oportunidad concedido al Ministerio Fiscal (epígrafe 9.2.1.3.2.). Además, si se llega a la fase final de enjuiciamiento, la medida a imponer al menor infractor deberá adoptarse tomando en consideración la mayor o menor gravedad del tipo delictivo cometido, en combinación con la situación personal, familiar, escolar y social del menor, sin que sean un obstáculo para la adopción de una medida restrictiva de los derechos y libertades del menor infractor, si así se cree conveniente. Es en la imposición de la medida donde la ley pretende lograr la finalidad «educativa», postura de la que discrepo pues sanción represiva en el marco de la responsabilidad penal y reeducación son del todo incompatibles<sup>575</sup>.

Interesa mucho conocer científicamente el soporte psicosocial del fenómeno delincencial juvenil, pues la respuesta que se arbitre a esta problemática no puede ser un sucedáneo de la dispensada al adulto, ni una atenuación de la misma. Aún cuando tal y como está concebido el sistema penal juvenil en España se trata de un Derecho penal en miniatura. Más bien ha de ser una respuesta *ad hoc* que se ajuste a las características y exigencias singulares de este fenómeno social. Deberá tenerse en cuenta el soporte biopsicológico del menor infractor: es decir, los aspectos motivacionales y actitudinales del menor de edad ante la comisión de un hecho delictivo; la previsibilidad de los efectos de la sanción en el menor infractor, para escoger la más adecuada en cada caso, sin que tenga que prescindirse del estímulo aversivo que conlleva toda sanción; la selección de las técnicas de intervención con el menor infractor; el diseño de un programa de prevención de la conducta delictiva adaptada a las circunstancias que

---

<sup>575</sup> Cfr. Ep. 10, 10.1 y 10.1.1.

rodean al menor infractor<sup>576</sup>. Para lo cual es fundamental la observación y análisis de la realidad, que no es incompatible con el enfoque normativo, jurídico, formal y deductivo del Derecho. La cuestión estriba en que el sistema jurídico penal aplicable al menor infractor no es el adecuado, por resultar incompatible la finalidad educativa que persigue con los fines y principios del Derecho penal, como ya se ha ido analizando en los epígrafes anteriores.

En cuanto a la exigencia de un proceso diferenciado del de adultos con todas las garantías constitucionales, es consecuencia de ese interés superior del menor, si bien deberá observar los principios básicos de un proceso penal<sup>577</sup>, no siendo un obstáculo para que el mismo tenga naturaleza penal, lo que implica que, en caso de acreditarse su participación en los hechos que se le imputan, responderá ante la sociedad de su acción infractora de la norma penal mediante una medida judicial orientada a la resocialización del menor infractor. Juega un papel muy importante el principio de proporcionalidad íntimamente relacionado con el principio de mínima intervención (epígrafe 9.2.1.4.), en relación a la gravedad del actuar ilícito y la imposición de la medida, no pudiéndose imponer al menor infractor una medida más restrictiva de sus derechos o libertades, o de una duración superior a la que correspondería a un adulto por los mismos hechos<sup>578</sup>; se inspira en el procedimiento abreviado regulado en la LECrim<sup>579</sup>, de aplicación supletoria a la jurisdicción de menores<sup>580</sup>; está sometido a los mismos límites y controles propios del sistema penal en un Estado de Derecho; se trata de una

---

<sup>576</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 265 y 266.

<sup>577</sup> «Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores («Reglas de Beijing», de 29 Nov. 1985), en los apartados 2.3 y 7.1, hacen referencia a las garantías de los procesos de menores y a los derechos de éstos. También, la Recomendación 20/1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 17 Sep. 1987, relativa a las «Reacciones Sociales ante la Delincuencia Juvenil», refuerza la posición legal de los menores durante todo el procedimiento. Por último, aluden a la Convención de las Naciones Unidas relativas a los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 Nov. 1989, que establece una serie de garantías en procedimientos en materia de menores». Vid. STC 36/1991 (Pleno), de 17 de febrero, cit. AH 6; «Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, P.I.D.C.P.), como de la C.D.N. resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar. Así se desprende ya de lo dispuesto en el art. 14.4 P.I.D.C.P., cuyo tenor literal («En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social») al ordenar que la minoría de edad sea tenida en cuenta para la ordenación del proceso, impone también implícitamente la obligación de que en la ordenación de éste se aseguren los derechos que, con carácter general, para todos los procesos penales, enumera el apartado anterior (3) del mismo artículo. De manera explícita y rotunda, esta obligación se establece también en el art. 40.2 b) C.D.N. (...)». Vid. STC 36/1991 (Pleno), cit. FJ 6.

<sup>578</sup> STC núm. 61/1998 (Sala 1ª), cit.

<sup>579</sup> LECrim, cit. Libro IV, Tít. II, Cap. I, art. 757 a 794.

<sup>580</sup> LORRPM, cit. DF 1ª.

jurisdicción que exige una especialización de todos los operadores jurídicos que intervienen en el mismo<sup>581</sup>; la actuación judicial debe ser rápida, evitando todo trámite superfluo y dilatorio<sup>582</sup>; que sea comprensible para el menor infractor, como exigencia de los principios de legalidad, seguridad jurídica y tipicidad<sup>583</sup>.

Dos elementos que preservan el interés superior del menor infractor como epicentro de la justicia juvenil: la tardía intervención de la acusación particular en defensa de los intereses de la persona directamente perjudicada<sup>584</sup>; y el ejercicio de la acción civil en restitución del daño causado<sup>585</sup>.

#### **10.1.4. Un marco flexible de justicia en la adopción y ejecución de las medidas según el caso concreto vs. Falta de asunción de la naturaleza penal de la ley con todas sus consecuencias.**

La «Ley del Menor» resulta contradictoria en algunos de sus postulados en materia de «medidas» a imponer al menor infractor, bajo la pretensión de crear un marco más flexible en comparación con la justicia de adultos hasta, en ocasiones y so capa de su «naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa», maquillar algunos de sus preceptos de carácter eminentemente tuitivos<sup>586</sup>. Sin embargo, el efecto que consigue no es precisamente «flexible», entendido como un amortiguamiento de los efectos defensistas y retributivos propios de la norma penal, sino más bien una respuesta más dura –me atrevería a decir- que la contenida en el Derecho penal común.

Sirva como botón de muestra el régimen previsto para el menor infractor cuya edad está por debajo de los catorce años. La Ley sale al paso de la que puede

---

<sup>581</sup> CDN, cit.: Art. 40.3; «Reglas de Beijing», cit. Regla 22. Cfr. LORRPM, cit. Art. 2, en relación a la competencia de los Jueces de Menores; EOMF, cit. Art. 3 en relación con la Circular 1/2000.

<sup>582</sup> CDN, cit. Art. 40.2.b) III.

<sup>583</sup> LORRPM, cit. Art. 39.2.

<sup>584</sup> LORRPM, cit. Art. 25 en conexión con el art. 4. Modificado: por la LO 15/2003, cit.; a ella se refiere la Circular 1/2007, cit.; y por la LO 8/2006, cit.

<sup>585</sup> LORRPM, cit. Art. 61 a 64, con las implicaciones del art. 4 párrafo 6, 16, 18, 19 y 27.4. En conexión con los art. 109 a 115 del CP. Cfr. Circular 1/2007, cit. El Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar la acción civil en nombre del perjudicado.

<sup>586</sup> LORRPM, cit. Art. 7: *Para la elección de la medida o medidas adecuadas se atenderá de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, a las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.*

denominarse «delincuencia infantil», no infrecuente en nuestra sociedad española. Aún cuando la conducta delictiva de un menor de catorce años está despenalizada –el menor es «inimputable»-, «se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes»<sup>587</sup>. Con este precepto se pretende evitar la consecuencia penal para el menor infractor que es «inimputable» en virtud de la edad, pero del tenor literal se deduce claramente que la conducta delictiva tendrá una respuesta, pero en este caso de protección. Si se analizan las circunstancias personales, familiares, etc., del menor «inimputable», quizá se concluya que no necesita de dicha intervención por parte de la entidad pública. Al respecto, se ha pronunciado la Circular 1/2000, inclinándose por una interpretación más amplia respecto de las facultades del Ministerio Fiscal de remitir a la entidad pública únicamente aquellos casos que considere necesarios a los efectos oportunos<sup>588</sup>.

El catálogo de «medidas» susceptibles de ser impuestas al menor infractor se regula en el art. 7 de la Ley, ordenadas según la restricción de derechos que suponen. Si bien hay que reconocer un pretendido contenido didáctico de la «Ley del Menor» en materia de «medidas», este objetivo se ve frustrado ante el exceso de explicaciones que el legislador da sobre cada una de ellas, más propio de una Exposición de Motivos que de un precepto legislativo<sup>589</sup>. Por mor de la regulación de algunas medidas que son reiterativas, y que, o carecen de su carácter penal, o en la práctica significan cosas parecidas, o llegan a castigar al menor infractor en quienes concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad penal en su actividad delictiva.

---

<sup>587</sup> LORRPM, cit. Art. 1.1 en conexión con el art. 3. *El Ministerio Fiscal –sin ningún tipo de excepción- deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.*

<sup>588</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 8: 6. *Cuando de conformidad con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, el juez de menores o el Ministerio Fiscal remitan a la entidad pública de protección de menores testimonio de particulares sobre un menor de 14 años, será dicha entidad la competente para valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida, conforme a las normas del Código Civil y la legislación de protección de menores.*

<sup>589</sup> Cfr. LORRPM, cit. EM, III, 14-24; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 128-130. La autora señala con acierto que «los preceptos tienen, en gran número de casos, una longitud desmesurada y que podrían haberse desdoblado en uno o varios artículos distintos».

En concreto: la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, más protectora que penal<sup>590</sup>; la asistencia a un centro de día junto a la medida de libertad vigilada que exija el cumplimiento de una regla de conducta que prevea la obligación de asistir a un centro de día<sup>591</sup>; la medida de internamiento en régimen semiabierto o en centro abierto<sup>592</sup>; la amonestación, atribuída al Juez de Menores, si bien el menor infractor puede verse amonestado doblemente, en virtud de las facultades concedidas al Ministerio Fiscal en fase de diligencias previas o de instrucción<sup>593</sup>; la imposición de una medida de carácter terapéutico al menor que padezca «anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad», que en el CP se aplican como causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal<sup>594</sup>.

En cuanto a los delitos a los que alude la Disposición Adicional Cuarta de la Ley, siendo comprensible la indignación colectiva que suscitan estos tipos delictivos muy graves en cualquiera de sus modalidades, la Ley cede en contradicción con esa «flexibilidad» que la misma postula, en contra no sólo con el principio del superior interés del menor, sino también los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, tal y como está contemplado. La «medida» será siempre de internamiento en régimen cerrado, incrementados el número de años con respecto de cualquier otro tipo delictivo, y siempre llevará aparejada una medida de libertad vigilada, siendo mayor el tiempo de internamiento en la franja de entre dieciséis y

---

<sup>590</sup> LORRPM, cit. Art. 7.1.j).

<sup>591</sup> LORRPM, cit. Art. 7.1.f) en relación con el art. 7.1.h).1ª, 2ª y 7ª.

<sup>592</sup> LORRPM, cit. Art. 7.1.b) en relación con el art. 7.1.c).

<sup>593</sup> LORRPM, cit. Art. 7.1.m) en relación con el art. 23.

<sup>594</sup> LORRPM, cit. Art. 5.2 en relación con el art. 7.1.d) y e). En contradicción con el art. 5.1: *Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a que se refiere el art. 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal.* Cfr. CP de 1995, cit. Art. 20. El legislador quiere aplicar dicha medida de carácter terapéutico en pro del superior interés del menor a modo de una medida de seguridad. Utilizando el principio jurídico penal juvenil del superior interés del menor como justificante para tergiversar conceptos jurídicos determinados en el CP, como es el caso de las medidas de seguridad, que exigen para su imposición dos presupuestos previos: la peligrosidad del sujeto y la comisión de un hecho delictivo. Cfr. CP de 1995, cit. Art. 101 a 108 en relación con el art. 6.1. Lo que deja entrever, nuevamente, la pretensión tuitiva del legislador, y que produce el efecto contrario al imponer al menor una medida sancionadora, que nada tienen que ver con la peligrosidad del menor. Si en el menor concurre una circunstancia eximente de su responsabilidad penal, no se le puede aplicar ninguna medida del art. 7 de la LORRPM. Pues chocaría de plano con el principio de proporcionalidad.

diecisiete años<sup>595</sup>. Siendo preferente, además, su ejecución sobre las impuestas por otros jueces de menores. Y con limitaciones para su modificación, suspensión o sustitución hasta que haya transcurrido, mínimo, la mitad de la medida y su autor haya cumplido ya los dieciséis años<sup>596</sup>.

## **10.2. Luces y sombras de la legislación autonómica en materia de reforma de menores infractores<sup>597</sup>.**

La CE estableció un nuevo modelo de organización territorial del Estado en virtud del cual se reconoce a las «nacionalidades y regiones» el ejercicio del derecho a la autonomía, lo que condujo a la creación de las 17 Comunidades Autónomas que completan el mapa español, con capacidad de autogobierno en todas aquellas competencias que le fueran atribuidas<sup>598</sup>. Aunque los art. 148 y 149 de nuestra Carta Magna nada dicen sobre el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de título competencial alguno en materia de reforma de menores.

El reconocimiento competencial a las entidades públicas en materia de reforma se realizó a través de la disposición adicional tercera de la Ley 4/1992, en consonancia con las nuevas competencias que, en materia de protección de menores, había producido la reforma operada por la Ley 2/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del CC y de la LEC en los art. 172 y siguientes del CC<sup>599</sup>. Respondía más a una cuestión de estructura del Estado que de conveniencia –el art. 148.1.20 de la CE reconoce a las Comunidades Autónomas la asistencia social como título competencial-, pues, en la práctica, origina desigualdades territoriales en la ejecución de las medidas impuestas en sus fallos por los Jueces de Menores, unas

---

<sup>595</sup> LORRPM, cit. DA 4. Introducida por la LO 7/2000, cit. *Aplicación a los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años*. Es decir: homicidio, asesinato, violación y terrorismo, etc.

<sup>596</sup> LORRPM, cit. Art. 14, 40 y 51.1.

<sup>597</sup> Todas las referencias están tomadas de: cfr. VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Carácter público del Derecho penal vs. gestión privada de los centros de reforma de menores», ob. cit. Complementado por el estudio pormenorizado del Tít. VII *De la ejecución de medidas de la LORRPM* en: MONTERO HERNANZ, T.: *Legislación penal y juvenil comentada y concordada*, ob. cit. Pág. 205 a 309.

<sup>598</sup> CE, cit. Art. 2: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre ellas*.

<sup>599</sup> Instrucción 1/1993, cit. Pág. 836 y ss.

diferencias dentro de un marco legal común y general que no necesariamente han de afectar al principio de igualdad, pero en la práctica afectan<sup>600</sup>. No obstante, la Ley otorga a las Comunidades Autónomas las competencias en materia de ejecución de medidas judiciales de menores infractores, como ya venían desempeñando de acuerdo con la legislación anterior<sup>601</sup>. Aún cuando no todas las Comunidades Autónomas tienen el mismo nivel de desarrollo de la intervención con los menores infractores. Muchas carecen de las infraestructuras adecuadas para la ejecución de algunas medidas, como es el caso de los internamientos en centro de reforma<sup>602</sup>.

Si hay un Título en la Ley en que debiera manifestarse de manera especial las peculiaridades propias de la intervención penal sobre el menor infractor —esto es, la prevalencia del superior interés del menor y el esfuerzo particularmente intenso de cara a su educación, formación y resocialización, sin merma de las garantías jurídicas básicas propias de cualquier ciudadano— es el Título VII de dicho cuerpo legal. Concretamente, el art. 45 prevé que «la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», donde radique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia de condena<sup>603</sup>. Lo que significa que la «ejecución material», es decir, el cumplimiento de las medidas —aquellas actuaciones dirigidas a promover la imposición material del fallo y, por tanto, la realización material de la sanción— corresponde a las Comunidades Autónomas y Ceuta y Melilla, siendo la ejecución y su control competencia del Juez de Menores<sup>604</sup>. Sin perjuicio de que

---

<sup>600</sup> Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: «Menores privados de libertad en España», núm. XV, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. Disponible en Internet: <http://ppje.poderjudicialchiapas.gob.mx/pdfs/1996-25.pdf>. Pág. 11(50) a 51.

<sup>601</sup> LORRPM, cit. Art. 2: 1. *Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el art. 1 de esta Ley, así como para hacer ejecutar las sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores.*

<sup>602</sup> Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P.: «Medidas aplicables en la legislación de menores», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. Pág. 191 a 222. El autor refiere el supuesto de ingreso de un menor infractor en un centro terapéutico que no pueda ser aplicada por la Comunidad Autónoma a que pertenezca, por falta de creación de dichos centros específicos para menores infractores.

<sup>603</sup> LORRPM, cit. Art. 45.1 en relación con la DF 22ª de la LOPJM: «Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización». Con igual contenido: cfr. RLORRPM, cit. Art. 9.1.

<sup>604</sup> LORRPM, cit. Art. 44 *Competencia judicial*; art. 45 *Competencia administrativa*, en relación a la EM, 12.



puedan establecer los convenios y acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución que las medidas de su competencia, bajo directa supervisión. Lo que no implica, en ningún caso, la cesión de la titularidad y la responsabilidad derivada de la ejecución.

Comparto la crítica de un sector de la doctrina que entiende que dicho art. 45 de la Ley es, en cierto modo, contradictorio: no todas las medidas necesitan para su ejecución el concurso de las entidades indicadas, como sucede, por ej., con la medida de la amonestación, que se ejecuta directamente por el Juez de Menores, y así conviene que sea<sup>605</sup>; la competencia administrativa para la ejecución de las medidas parece incompatible con la competencia judicial constitucionalmente establecida en el art. 117.3 de la CE, que dispone que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales, «juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado» resulta contradictoria la determinación de la competencia territorial que exige que el menor cumpla la medida impuesta en el lugar más cercano a su domicilio habitual a fin de evitar situaciones de desarraigo, principio reconocido en todos los Tratados Internacionales ratificados por España, tras la reforma operada por la LO 8/2006, respecto de los delitos de terrorismo o crimen organizado<sup>606</sup>.

Se da la circunstancia que a la dispersión de la competencia administrativa en materia de «ejecución material» de las medidas contribuye la ausencia de unos referentes mínimos a nivel nacional al que todas las Comunidades Autónomas debieran someterse, lo que queda patente en la ausencia de referencias en cuanto a las condiciones que deben reunir los centros, su estructura organizativa, la composición de los órganos y equipos, o las *ratios* mínimas de personal necesarias, tanto en la

---

<sup>605</sup> Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 407; «La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?», en *Cuadernos del Poder Judicial*, núm. XXVII, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Septiembre\_1992. Pág. 149(160) a 166.

<sup>606</sup> CDN, cit.; PIDCP, cit.; «Reglas de Beijing», cit.; «Reglas de La Habana», cit.; Recomendación R(87)20, cit.; LORRPM, cit. Art. 56: 2.e) *Derecho a estar en el centro más cercano a su domicilio, de acuerdo a su régimen de internamiento, y a no ser trasladados fuera de su Comunidad Autónoma excepto en los casos y con los requisitos previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo*. En conexión con el art. 46.3 de la LORRPM, que prevé el traslado del menor a un centro alejado de su domicilio. Cfr. RLORRPM, cit. Art. 9 y 35; Circular 1/2007, cit.

LORRPM como en su Reglamento<sup>607</sup>. La única referencia se encuentra en el art. 54.3 de la Ley y en el art. 33.1 del Reglamento, a diferencia de lo que ocurre en la legislación penitenciaria<sup>608</sup>.

Sorprende la falta de definición de los principios y orientaciones inspiradores de la ejecución de las medidas más allá del principio de legalidad a que se refiere el art. 43 de la Ley, así como la ausencia de determinación de los derechos de los menores y jóvenes sometidos a las mismas, con la sola excepción de las medidas privativas de libertad<sup>609</sup>. De ahí que el propio precepto aluda a un espacio abierto a los reglamentos de desarrollo en materia de ejecución y a su importancia fundamental a la vista de la fórmula elegida: la existencia de una laguna en cuanto a la forma de ejecución de una determinada medida determinaría su imposible ejecución. Sin embargo, parece coherente con la garantía ejecutiva la remisión a los reglamentos ejecutivos únicamente de los aspectos «secundarios», que no afecten al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio<sup>610</sup>.

La distribución de competencias cuya «ejecución material» de las medidas a imponer al menor infractor se deja en manos de las Comunidades Autónomas, así como la facultad de establecer su propio modelo organizativo, hace que no exista un modelo común de gestión a nivel nacional, sino que existen diferentes modelos, algunos muy

---

<sup>607</sup> Con ocasión de la aprobación de la LORRPM, la Dirección General de Acción Social, del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales organizó unas jornadas de análisis sobre la aplicación de la ley, planteándose la necesidad de establecer un modelo de intervención de la entidad pública para la «ejecución material» de las medidas judiciales, basado en cuatro puntos: a) binomio educación-control, en el que debe estar presente la idea de responsabilidad del menor; b) una metodología de intervención basada en la relación personalizada con el menor infractor, con características diferentes según la medida acordada; c) unos profesionales especializados tanto en su formación de origen como en su formación continuada; y d) la territorialización de las actuaciones. Cfr. FRANSOY i MOLINA, P.: *Las medidas en medio abierto y su ejecución*. Madrid, 14 y 15 junio 2000. En la Comunidad de Madrid, el modelo organizativo se ajusta completamente a tales proposiciones.

<sup>608</sup> LORRPM, cit. Art. 54: 3. *Los centros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados.* Con el mismo tenor literal: RLORRPM, cit. Art. 33.1. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995. Pág. 244.

<sup>609</sup> LORRPM, cit. Art. 43: 1. *No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma.* 2. *Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollan.*

<sup>610</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T. S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 42 y 54. Cfr. LORRPM, cit. EM, 24 que remite al RLORRPM, cit.

dispar entre sí<sup>611</sup>. De hecho, la realidad de los centros de menores en que han de operar las respuestas sancionadoras es enormemente dinámica entre las distintas Comunidades Autónomas. Dependiendo en qué aspectos, puede ser enormemente positivo. Pero tiene desventajas en la mayoría de los casos, por la falta de dotaciones necesarias. Sirva de ejemplo la falta de infraestructura adecuada para la ejecución de medidas como el internamiento de fin de semana, que –en la mayoría de los casos- debe cumplirse en centros destinados a medidas de larga duración en régimen cerrado, algo que choca de plano con el superior interés del menor. Poniendo en entredicho el principio de igualdad contemplado por la Ley.

### **10.3. Especial consideración del derecho a la resocialización del menor infractor. Experiencia negativa del sistema.**

Tal y como señala la EM de la Ley, en la «flexible» adopción judicial de la «medida» más idónea para el menor infractor, respetando el superior interés del menor, deberá buscarse en todo caso la reeducación y resocialización del menor infractor. Como ya expuse en el epígrafe 9.1, la LORRPM resalta este principio resocializador en el art. 55 al hablar de las medidas privativas de libertad<sup>612</sup>. El símil con el Derecho penal de adultos no deja de ser una constante, por ser la normativa penitenciaria de aplicación supletoria a la legislación penal juvenil<sup>613</sup>. Sin embargo, y paradójicamente, «la única garantía de que los fines perseguidos por la LORRPM no fracasen en este aspecto, el esencial, de los casos más graves y delicados por ir referidos a los delitos

---

<sup>611</sup> Los centros de ejecución de medidas judiciales en España son de titularidad patrimonial, organizativa y funcionalmente pública o privada. Sobre los modelos de gestión de los centros de menores: cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; PÉREZ CEPEDA, A. I.: «Derecho penal del menor». BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, t. I, Ed. Iustel, Madrid, 2010. Respecto de la gestión privada de los centros de reforma, como tendencia hacia la privatización del Derecho penal: cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 83; DIEZ RIPOLLÉS, J. L. : «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, Mayo\_2004. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. Pág. 99 y ss; BUENO ARÚS, F.: *Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario*, Ed. Poder Judicial, Madrid, 1984. Pág. 21 y ss; y *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Cuadernos Cívitas, 1ª ed., Navarra, 2005. Pág. 1 a 234. En la Comunidad Autónoma de Madrid, la gestión del sistema de reforma de menores infractores está atribuido al organismo autónomo Agencia de Reeducación y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI), dependiente de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior.

<sup>612</sup> LORRPM, cit. Art. 55. En concordancia con: PIDCP, cit. Art. 10; «Reglas de Beijing», cit. Regla 25; «Reglas de La Habana», cit. Reglas 79 y 80; RLORRPM, cit. Art. 40 a 43 y 45 a 52.

<sup>613</sup> LGP, cit; Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE núm. 40, de 15 de febrero); modificado por Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo (BOE núm. 73, de 26 de marzo). Al que de ahora en adelante me referiré como RP.

más graves cometidos por menores y jóvenes, estriba en concebir el internamiento de tal forma que no equivalga al internamiento carcelario característico del régimen penitenciario tradicional de adultos»<sup>614</sup>.

No hace falta ser muy ducho en psicología, ni experimentado en la práctica forense con menores infractores, para percibir a simple vista la quiebra que supone para el proceso de socialización del menor, no sólo su entrada en el circuito judicial, sino también la imposición de una medida de internamiento. Y ello con independencia de los «efectos positivos» que pueden lograrse mediante el sometimiento a ese tipo de medida judicial –sin duda hay casos, conocidos de primera mano por esta Doctoranda, en que el cumplimiento de una medida judicial de privación de libertad es más beneficioso para el menor infractor que permanecer en su núcleo familiar y entorno habitual-, pero nada más lejos de una socialización del menor normalizada<sup>615</sup>. Podría decirse que estamos ante un mal menor, pero siempre y en todo caso un mal.

---

<sup>614</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 99. Cfr. LORRPM, cit. Art. 54.

<sup>615</sup> Un caso particular: mediados de noviembre del año 2008. Como Letrada del Servicio de Orientación Jurídica del Centro de Internamiento de Menores El Madroño de la Comunidad de Madrid atiendo a la menor TP, de 15 años de edad, y origen rumano. Su medida de internamiento en régimen cerrado comenzó en enero de 2007. Acumula varias medidas judiciales y cumplimiento sucesivo. Habla perfectamente la lengua castellana. De la información proporcionada por el centro, su nivel intelectual es alto, por encima de la media. Las calificaciones obtenidas en los estudios desde que ingresó en el centro son notable-sobresaliente. En ese momento se ha modificado la medida de internamiento en régimen cerrado a internamiento en semiabierto. La implicación de su familia en el proyecto educativo impulsado desde el centro es muy negativa. El centro ha informado negativamente en relación a la concesión de permisos de salida de fin de semana por situar a la menor en situación de riesgo. Realiza un recurso de peluquería, tras haber finalizado el último curso de educación primaria. La salida del centro está prevista para mediados de diciembre de 2008, a falta de cumplir tres meses de libertad vigilada. Ella misma solicita por tercera vez la tutela administrativa ante el IMMF, inicialmente solicitada en septiembre de 2007 ante el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, y en septiembre de 2008 ante el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. Es la cuarta de nueve hermanos. Sus cinco hermanos pequeños ya están tutelados y residen en Centro de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid. Desde los 12 años no va al colegio. Se ha dedicado al mendicidad obligada por sus padres, e instada al robo con violencia para llevar dinero a casa, simulando ser sordomuda. En aquella entrevista manifiesta que en el centro ha aprendido que su vida debe normalizarse. Agradece mucho haber asistido a la escuela durante el tiempo de internamiento. Ha empezado a estudiar peluquería. Expresa tener miedo de salir del centro, porque será entregada a sus padres y volverá a delinquir. Quieren casarla en cuanto vuelva a casa. No está de acuerdo con su cultura rumana. En aquella entrevista solicita asesoramiento para redacción de escrito de petición al Juez de Menores de Ejecutorias de orden judicial para adopción de medidas protectoras por centro de protección. Siete días más tarde: acude nuevamente a entrevista con esta Letrada. Hace cinco días hubo de poner denuncia a un hermano mayor a quien encontró en la calle cuando iba a su recurso de peluquería, por amenazas de ser llevada por sus padres nuevamente a Rumanía. La dirección del centro me exhibe el escrito de denuncia presentado en una Comisaría de Policía de Madrid. Se le ayuda a reiterar su petición de tutela, y aporta las cartas de petición de tutela anteriores y la denuncia contra su hermano para presentar en la Fiscalía de Menores de Madrid. Unos días antes del día previsto para abandonar el centro de reforma, se notifica al centro de la concesión de la tutela administrativa.

Para tratar de comprender mejor a qué apunta este principio y derecho del menor a la vez, en el contexto de sometimiento del menor infractor a una medida de internamiento, es importante tener en cuenta qué significa propiamente el concepto de «re-socialización», palabra que ha dado lugar a numerosas interpretaciones.

«Una interpretación estrictamente penitenciaria define la resocialización como un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (principio de *nil nocere*)»<sup>616</sup>. Evidentemente este principio jurídico no olvida en ningún momento que el menor internado continúa formando parte de la sociedad (finalidad resocializadora de la pena), pero sometido a un régimen jurídico distinto –régimen de internamiento- como consecuencia de su conducta delictiva merecedora de un reproche social especialmente intenso como es el internamiento en centro, por un tiempo determinado, y con vistas al regreso a su vida en sociedad en las mejores condiciones.

Pero desde el espíritu de la justicia juvenil, más que del texto de la Ley, el concepto de «re-socialización», que incide directamente sobre el menor privado de libertad, significa recuperar los vínculos sociales perdidos, bajo la pretensión de que el menor internado no llegue a romper en ningún momento del cumplimiento de la medida con la sociedad exterior. Lo que significa que este principio deberá inspirar los programas que se elaboren en los centros de reforma y el comportamiento del personal – siempre especializado en el menor infractor- que trabaje con los menores internos, pudiendo invocarse en caso contrario el principio resocializador<sup>617</sup>.

---

<sup>616</sup> Vid. MONTERO HERNANZ, T.: *Legislación penal juvenil comentada y concordada*, ob. cit. Pág. 266. En el mismo sentido: cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, ob. cit. Pág. 450-453; MARTÍNEZ SERRANO, A.: «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000», ob. cit. Pág. 37 y 38.

<sup>617</sup> LORRPM, cit. Art. 54: 3. *Los centros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados.* En conexión con: PIDCP, cit. Art. 10; RLORRPM, cit. Art. 8.2, 10.1.2ª, 27.4 y 33. Se expresa de una forma muy similar la Ley General Penitenciaria. Cfr. RP, cit. Art. 3.3.

Este principio no sólo obliga a la normativa que desarrolla la «Ley del Menor» a preparar el regreso del menor a la vida libre en las mejores condiciones sociales, sino también la relativa al régimen interno que elabore cada Comunidad Autónoma<sup>618</sup>. Por lo que incide directamente en el reconocimiento al menor infractor de su derecho a resocializarse.

Desgraciadamente la perversión de las metas resocializadoras es grande, hasta sufrir un deslizamiento desde la prevención especial a la prevención general. La experiencia me dice que el derecho de resocialización para el menor condenado ha cedido terreno a la idea de resocializar al menor infractor para la sociedad. Es decir, que este principio ejerce una función simbólica e ideológica de los valores sociales, nada más. A pesar de que las estrategias resocializadoras estén perfiladas por la LORRPM en coherencia con la idea de la promoción social del Estado, sin embargo el empeño por lograr que el menor infractor acepte esas normas, desgraciadamente no se ejerce en los centros de internamiento con ese sentido. El compromiso del Estado, comprometido en sustituir el control y castigo pasivo del delincuente mediante un control activo para favorecer las conductas positivas, se ve en crisis, pues no está en su mano lograr que aquellos sujetos con comportamientos desadaptados a la norma penal experimenten una transformación –como si de economía se tratara- después de haber sido privado de libertad. Empecemos por preguntar al sistema si de verdad existe voluntad política para conquistar la meta resocializadora del menor infractor. Pero es que además, «la fisura anómica entre la resocialización y los medios de que se dispone para alcanzarla deviene de una imposibilidad estructural»<sup>619</sup>.

La normativa internacional sí se muestra más realista al respecto, hasta demostrar cómo, sin abandonar los postulados resocializadores, cabe hacer el esfuerzo por lograr una ejecución de las medidas de privación de libertad más segura y de menor

---

<sup>618</sup> Para la Comunidad Autónoma de Madrid: MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: Resolución de 8 de abril de 2011, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Convenio de Colaboración con la Comunidad de Madrid, para la ejecución de medidas cautelares de internamiento y de las de régimen cerrado impuestas en sentencia o auto, dictadas por el Juzgado Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, en aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

<sup>619</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad», en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. Pág. 201(204-207) a 223.

coste social y económico, sin ahorrar esfuerzos para destinar partidas presupuestarias para aquellas prestaciones como son los servicios profesionales de la conducta humana que pueden compensar el daño que provoca la prisión en quienes la sufren<sup>620</sup>.

En este sentido, un sector de la doctrina encabezado por Cuello Contreras, apuesta por el modelo resocializador que subyace al concepto de «terapia social», término introducido por el Derecho penitenciario en Centroeuropa. La teoría de la «terapia social» no refiere un término médico, aún cuando admite la terapia médica del menor infractor cuando sea necesaria, y la generalización de personal psicológico que pueda reforzar su personalidad, muy deteriorada con frecuencia. Se refiere más bien a la dispensa al menor infractor de una buena formación en todos los aspectos de su vida, ocasión muy aprovechable durante el tiempo de internamiento del menor infractor. Teniendo en cuenta que, con frecuencia, el perfil del menor infractor presenta un elevado déficit de socialización, bien por el fracaso escolar, bien por la desestructuración familiar, bien por su inapropiado grupo de iguales. De ahí que el mejor tratamiento individualizado apunte, no tanto a la mera vigilancia en el centro de internamiento y el sometimiento a la disciplina que se ha de vivir en el mismo, sino a un control de la asistencia y rendimiento en sus estudios, adaptados a sus capacidades y preferencias; el fomento del sentido de responsabilidad; incentivar la convivencia armónica con su grupo de iguales; el aprendizaje de ocupaciones en el tiempo libre; fomentar el diálogo vivo con el personal del centro; estimular los contactos sociales. Y siempre con vistas a prepararle en su salida del centro<sup>621</sup>.

---

<sup>620</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: Resolución 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957 y Resolución 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Aprobadas por: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Ginebra, 22 August-3 September 1955*, United Nations, A/CONF.6/1, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° 663 C (XXIV) and n° 2076 (LXII), May\_1956. CONSEJO DE EUROPA: Recomendación Rec (2006) 2, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

<sup>621</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 100-117; y la bibliografía por él citada. El autor sigue la teoría impulsada por RUDOLPH EGG.

**11. El desarrollo reglamentario de la ley de responsabilidad penal del menor: el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. Ejecución de medidas judiciales en la Comunidad de Madrid<sup>622</sup>.**

La «Ley del Menor», en su EM prevé una regulación más extensa de algunos aspectos, así como llamamientos concretos en su articulado al desarrollo reglamentario, en materia de ejecución de medidas judiciales<sup>623</sup>. La LORRPM se remite de modo constante a su desarrollo reglamentario, aprobado mediante Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio: es decir, cuatro años y medio más tarde, y entraría en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE<sup>624</sup>.

El Reglamento de desarrollo se debió, fundamentalmente, a la demanda de las Comunidades Autónomas, que habían intervenido activamente en el proceso de elaboración a través de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia, y de los Directores de los distintos centros de internamiento de menores infractores, abriéndose un período de un año para su evaluación y realizar los ajustes necesarios para garantizar el óptimo funcionamiento del sistema adoptado. Contó, además, con las aportaciones y el Vº Bº del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de Estado y la Agencia Española de Protección de Datos<sup>625</sup>.

Son tres los aspectos esenciales desarrollados por el RLORRPM: la concreción de funciones atribuidas a la policía judicial y los equipos técnicos, la determinación de las reglas de ejecución de las medidas cautelares y definitivas impuestas por el Juez de Menores al menor infractor, y la regulación del régimen disciplinario de los centros de internamiento<sup>626</sup>. Priorizando en todo caso el interés superior del menor y el respeto al libre desarrollo de su personalidad.

---

<sup>622</sup> Un estudio pormenorizado del modelo de intervención con el menor infractor en la Comunidad de Madrid: cfr. GONZÁLEZ CIEZA, L.; LÓPEZ MILLÁN, A.: «Menores infractores: ejecución de medidas judiciales en la Comunidad de Madrid», en *EduPsykhé Revista de Psicología y educación*, vol. 12, núm. 2, Universidad Camilo José Cela, Madrid, 2012. Pág. 247 a 286.

<sup>623</sup> LORRPM, cit. EM, 24.

<sup>624</sup> BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004.

<sup>625</sup> Cfr. ALMAZÁN SERRANO, A.; IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: *Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 50.

<sup>626</sup> RLORRPM, cit. Art. 1. En relación con: Cap. II *De la actuación de la Policía Judicial y del equipo técnico*, art. 2 y 3 (actuación de la Policía Judicial), art. 4 y 5 (actuación del Equipo Técnico); Cap. III *De*



Tras la aprobación del RLORRPM, la Comunidad de Madrid apostó por la redefinición del modelo de ejecución de medidas judiciales establecido hasta entonces, para lo cual creó la Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI) de la Comunidad de Madrid, organismo autónomo, con personalidad jurídica propia y de carácter administrativo, adscrita a la Consejería competente, asumiendo así de forma integral y completa la intervención administrativa que corresponde a las Comunidades Autónomas en virtud de la LORRPM.

La ARMMI se rige por la Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor<sup>627</sup>, y el Decreto 62/2005, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor<sup>628</sup>. Se trata de un sistema que integra perfectamente la gestión privada con la gestión pública, en el que prima el trabajo en red y coordinado para la unificación de criterios dirigidos a la intervención y evaluación de las actuaciones y de los servicios impulsados desde la Agencia, y en el que prima la colaboración con instituciones externas para el desarrollo de programas especializados para la intervención con el menor infractor<sup>629</sup>.

La intervención que se desarrolla en los centros de internamiento de la Comunidad de Madrid se resume en tres áreas, a la vez interconectadas entre sí y perfectamente complementadas una con otras: asesoramiento técnico, intervención psicoeducativa y terapéutica, y de seguridad y regulación normativa. Todas las actuaciones se acomodan al proceso de cumplimiento del menor en el centro hasta el

---

*las reglas para la ejecución de las medidas; Secc. 1ª Reglas comunes para la ejecución de las medidas, art. 6 a 15; Secc. 2ª Reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad, art. 16 a 22. Cfr. LORRPM, cit. Art. 7; Secc. 3ª Reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad, art. 22 a 58; Cap. IV Del régimen disciplinario de los centros, art. 59 a 85. Cfr. RP, cit. Tít. X.*

<sup>627</sup> Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (BOCM, de 14 de diciembre de 2004).

<sup>628</sup> Decreto 62/2005, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (BOCM, de 12 de julio de 2005).

<sup>629</sup> Cfr. GONZÁLEZ CIEZA, L.; LÓPEZ MILLÁN, A.: «Menores infractores: ejecución de medidas judiciales en la Comunidad de Madrid», en *EduPsykhé Revista de Psicología y educación*, vol. 12, núm. 2, Universidad Camilo José Cela, Madrid, 2012. Pág. 252-253.

momento de abandono del Centro de Reforma por finalización en el cumplimiento de la medida judicial completa.

**UN MODELO INTEGRADOR DE JUSTICIA  
FÓRMULA EFICAZ DE RESPONSABILIZACIÓN DEL MENOR INFRACTOR**

**V. JUSTICIA REPARADORA Y DERECHO PENAL JUVENIL.**

**12. La justicia reparadora y el principio de oportunidad desde la perspectiva de los fines del Derecho penal y de la pena.**

La Constitución española recoge en su art. 24 el derecho fundamental de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, lo cual obliga al Estado a dar respuesta a los conflictos jurídicos existentes en consonancia con el marco constitucional, así como la necesidad de eliminar obstáculos para el acceso a la justicia de los ciudadanos. Ello implica que una adecuada protección del ciudadano no consista exclusivamente en un reconocimiento exhaustivo de derechos subjetivos, sino fundamentalmente que ese reconocimiento sea realmente efectivo. A ello apunta la justicia reparadora o restaurativa, pues supone la devolución o «restauración» de la capacidad de gestionar determinados conflictos a la propia sociedad, como forma de rehabilitar eficazmente al infractor, de evitar el fenómeno de la victimización secundaria a la víctima, de «reparar» el daño causado, y devolver la paz social a la colectividad en su conjunto<sup>630</sup>.

Que el Derecho penal español se rija por el principio de legalidad penal implica que, al constitucionalizarse, la aplicación de la ley se hace obligatoria después de analizar las condiciones reales en las cuales va a enmarcarse: las conductas tipificadas como punibles en virtud del principio de intervención mínima. De este modo, la

---

<sup>630</sup> Cfr. SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa: perspectiva ética y jurídica», en *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar*, núm. 41, Ed. Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, Julio\_2010. Pág. 35-64; *Nuevo Código Penal al alcance de todos*, Cap. III, Ed. Popular, 7ª ed., Madrid, 2005. Pág. 179-192; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «La mediación en el Derecho penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de *lege ferenda*», en *Centro de Estudios Jurídicos*, Publicaciones Fiscales, Madrid, 2004. Disponible en Internet: <http://www.cej-mjusticia.es>. Pág. 3358-3392. Muy críticos se presentan estos autores a la ineficacia del sistema penal por resolver los requerimientos de la colectividad y de las víctimas ante los problemas introducidos por el delito. No todo se resuelve acudiendo al Derecho penal.

obligatoriedad choca con la oportunidad y su directa relación con el sistema penal. Si bien, el Derecho penal que pretende garantizar los derechos fundamentales, debe tener en cuenta que con la imposición de sanciones no puede vulnerar más derechos de los que pretende proteger. El rigorismo punitivo –más penas, más duración- pasa a convertirse en un extraño talismán capaz de dar respuesta a toda suerte de variados problemas que giran en torno al fenómeno delincencial.

Paradójicamente, esta inflación de Derecho penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte de los ciudadanos. Se incrementa la función simbólica del Derecho punitivo, pero su eficacia potencial y real dista mucho de ser la de quienes propugnan acudir al Derecho penal con la pretensión de solucionar aquellos conflictos tipificados en la ley penal, cuya adecuada solución y acomodo debiera encontrarse en otras sedes «reparadoras o restaurativas». A la ineficacia del sistema, se suma el no alcanzar su finalidad –el carácter retributivo y resocializador de la pena-, y, en consecuencia, el principio de legalidad pierde todo su sustento ideológico<sup>631</sup>. De aquí que sea precisamente la utilidad, como fin y fundamento legitimante de la pena, la regla que justifique el principio de oportunidad<sup>632</sup>.

---

<sup>631</sup> Las reformas legales propiciadas a partir del año 2003 no hacen sino incrementar la dureza punitiva, en las que subyace una desconfianza en el ser humano que, hasta cierto punto, es entendible cuando se focaliza en el penado por un delito, pero conlleva nefastas consecuencias para el sistema penal cuando el punto de mira está en el juez y su obligada imparcialidad e independencia; y pone en trance de desaparecer el principio de intervención mínima, merced a la multiplicación de tipos penales y el aumento cuantitativo de las penas. Lo que está dando lugar a un Derecho penal de corte acentuadamente retribucionista y objetivista que se olvida cada vez más de la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad. Cfr. Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE núm. 156, de 1 de julio). Art. 76 y 78; Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre); Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, cit.; Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, cit.; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio). Limitan seriamente el arbitrio judicial, y con ella la posibilidad de modular adecuadamente en función de las circunstancias del hecho y del autor de la pena. Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A.: «Actualidad y futuro de la mediación penal», en *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar*, núm. 41, Ed. Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, Julio\_2010. Pág. 19-33; «Humanizar la justicia: propuesta en política criminal y penitenciaria», en *Corintios XIII. Revista de Teología y Pastoral de la Caridad*, núm. 97-98, VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Departamento de Pastoral Penitenciaria, Conferencia Episcopal Española, Madrid, Enero-Junio\_2001. Pág. 261-280; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La nueva política criminal española», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 17, Publicaciones Eguzkilore, Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2003. Pág. 65(74) a 87.

<sup>632</sup> Cfr. MAYER, M. E.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007. Pág. 831.

En este sentido, el principio de oportunidad introduce un elemento fundamental en cuanto que no selecciona a partir de la diferenciación entre lo punible-no punible. Sobre la base de los principios del sistema penal, valora comportamientos punibles que aún así no deben entrar en el sistema penal, de modo que en su contextualización no se hace necesaria la entrada al circuito judicial, y selecciona lo judiciable y lo no judiciable. De ahí que el principio de oportunidad debiera entenderse como un mecanismo de garantía del sistema penal, por entender que su esfera no se reduce a la simple exclusión de determinados comportamientos, sino que, siendo parte del sistema penal, queda al margen de éste por no responder a las finalidades del mismo. Así sucede en la jurisdicción de menores infractores, pionera en la asunción del modelo de justicia reparadora en aplicación del principio de oportunidad que inspira la legislación penal juvenil, a la que me refiero más en concreto en los siguientes epígrafes.

Tradicionalmente, el Derecho procesal ha considerado como objeto de su disciplina el proceso judicial, entendiéndose éste como la única vía posible para el desarrollo de la jurisdicción y como única manifestación del principio de tutela judicial efectiva. Durante todo este tiempo, «proceso» y «jurisdicción» se identifican. Sin embargo, el proceso judicial es solo uno de los medios con los que cuenta el titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función, pero no es el único que pueda servir para solucionar los conflictos. De hecho, el deber constitucional a un proceso debido no es contrario a la existencia de otras opciones o alternativas, pues por poner un ej., el propio art. 51 de la CE exige, en relación a los consumidores, procedimientos que satisfagan los intereses legítimos «pudiendo ofrecer al ciudadano equivalentes procesales»<sup>633</sup>. En definitiva puede concluirse, aunque sin duda con cierto atrevimiento, que el principio de oportunidad implica la reafirmación del propio proceso judicial penal.

En consonancia con esto, el principio de oportunidad no implica contraposición con el derecho al debido proceso con todas las garantías: es más, el poder legislativo

---

<sup>633</sup> Vid. BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ed. Reus, Madrid, 2009. Pág. 1(11) a 399. A ellos se refieren los art. 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y 10.1 del Real Decreto 363/1993, de 3 de mayo, de Sistema Arbitral de Consumo. Su existencia queda condicionada al respeto de éstos a los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes. Cfr. CE, cit. Art. 51: 1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

debería asumir criterios de simplificación de la solución al conflicto que permitieran corregir los excesos disfuncionales del sistema legal preponderante, permitiendo con ello su eficacia y la «oportuna» llegada a su destinatario. Hay autores que señalan que la solución que se de al conflicto necesita del marco judicial para existir, sin pretensión de sacar el conflicto del proceso penal, sino hacer posible su único objetivo: el establecimiento de la comunicación constructiva entre el delincuente y su víctima. De este modo, la «reconciliación» entre las partes implicadas en el conflicto pasaría por dar voz a ambas partes, intrajudicialmente<sup>634</sup>. Esto facilitaría que, junto con la jurisdicción, se ofrezcan otras vías que permitan, en determinadas condiciones, acceder a una satisfacción más rápida y efectiva de los derechos subjetivos vulnerados.

En cualquier caso, el principio de oportunidad tiene un carácter reglado, según unos principios básicos que indican los casos de aplicación del mismo, tanto intrajudicial como extrajudicialmente, como también unos límites sobre los cuales su aplicación sería ilegítima. Como señala el Prof. De la Oliva Santos, se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxia. Dentro de esos límites, se hace necesario expresar la existencia de un control judicial de la decisión de la aplicación del principio de oportunidad, sobre la base de los valores y principios del proceso penal, y la participación de la víctima y el infractor-ofensor, en aras a la protección de sus derechos fundamentales.

En España, el principio de oportunidad rige tan solo en la LORRPM, y se realiza a través del Fiscal de menores, siendo el Ministerio Público quien recibe las querellas y denuncias. En virtud del principio de oportunidad, el Fiscal puede ejecutar la acción pública, o archivar la causa, o bien condicionarla a que se lleve a término por las partes un «proceso de mediación» con el resultado de una reparación a la víctima<sup>635</sup>. En Derecho internacional, las referencias al principio de oportunidad se encuentran en la CDN de 1989 y en las «Reglas de Beijing» de 1985<sup>636</sup>.

---

<sup>634</sup> Cfr. VV. AA.: «Protocolo de mediación penal. La mediación penal en el sistema de justicia. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial». CARRASCOSA MIGUEL, A. (Coord.), en *Revista del Poder Judicial*, Separata, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1990. Pág. 1(87-120) a 210.

<sup>635</sup> LORRPM, cit. Art. 18, 27, 33 y 51; RLORRPM, cit. Art. 5 y 8.7.

<sup>636</sup> CDN de 1989, cit. Art. 40; «Reglas de Beijing» de 1985, cit. Regla 6.1: *Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones* ; y Regla

El Derecho penal español está experimentando una tendencia –cada vez más frecuente- para que el sistema penal transite por un «modelo integrador» de justicia, denominación acuñada por el Prof. García-Pablos de Molina, aunque algunos prefieren referirse a la justicia «reparadora» o «restaurativa» ante la hipertrofia del carácter simbólico del Derecho penal<sup>637</sup>. Y ello porque se presenta «trascendental no ya el castigo mismo, sino su forma concreta de cumplimiento o ejecución (el modo en que se disciplinen éstas) de la que en buena medida depende la efectividad de la sanción y la percepción social. Y desde luego el cauce o procedimiento seguido para arbitrar la solución del conflicto»<sup>638</sup>. Su origen, al igual que para otros Estados europeos, se encuentra en un instrumento internacional –la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre la mediación en el ámbito penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>639</sup>- y el bagaje positivo en programas ya existentes en países anglosajones, en algunos países de Europa y en América Latina<sup>640</sup>. El término

---

11.2: *La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.*

<sup>637</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 689 a 723.

<sup>638</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 283.

<sup>639</sup> Cfr. CONSEJO DE EUROPA: Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal. Adoptada por el Comité de Ministros en la 679ª Sesión de Delegados de los Ministros. Antecedentes normativos: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: DUDH de 1948, cit., cap. IV, art. 34; Resolución 55/59, de 4 de diciembre de 2000, sobre Plan de Acción sobre Justicia Restaurativa; Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre desarrollo y la implementación de mediación y medidas de justicia restaurativa en la justicia criminal; Resolución 14/2000, de 27 de julio, sobre principios básicos del uso de la justicia restaurativa en procesos criminales; CONSEJO DE EUROPA: Resolución (76)10, de 9 de marzo de 1976, sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Disponible en Internet: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=592096&SecMode=1&DocId=653466&Usage=2>. Pág. 1-2; Recomendación R(87) 20, de 17 de septiembre de 1987, cit.; Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión, basado en el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2004) 54 final, de 3 de febrero de 2004); Informe de la Comisión, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2009) 166 final, de 20 de abril de 2009). COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Resolución 2002/12, sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. CONSEJO DE EUROPA: Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOCE L 82/1, de 22 de marzo de 2001). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF>.

<sup>640</sup> Cfr. GLAESER, B.: «Victim-offender mediation in cases of domestic violence», en *Third Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice. Restorative Justice: Where are we heading?*, Budapest, 14-16 october 2004; WRIGHT, M.: «Justice for victims and

más utilizado por toda la regulación europea es ADR o *Alternative Dispute Resolution*<sup>641</sup>.

No cabe duda que la aparición de sistemas alternativos de solución de conflictos es una consecuencia, por qué no decirlo, de la evolución del concepto tradicional de justicia de *dar a cada cual lo suyo*, y que se está experimentando en muchos ordenamientos jurídicos, no sólo europeos sino también fuera del ámbito de la Unión Europea<sup>642</sup>.

### **13. La responsabilidad social y el derecho penal mínimo coadyuvantes a la dimensión preventiva especial del Derecho penal.**

En virtud del llamado «pacto social», en España se delegó por completo en los Tribunales de Justicia la resolución de los conflictos penales, abandonando así la venganza privada vigente en nuestra cultura desde muy antiguo, como he recordado en el Cap. I. Y ello mediante un sistema articulado de previsiones legales y consecuencias jurídicas, las cuales también han ido experimentando distintas modificaciones. El problema de delegar en la Administración de Justicia la resolución de todo conflicto supone desentenderse, por lo general, de la voluntad de las partes implicadas, con la peculiaridad –en el ámbito penal, a diferencia de otros órganos jurisdiccionales– de no poder detener la maquinaria judicial hasta que se dicta una sentencia. Ello supone, además, una excesiva judicialización de la vida cotidiana, poniendo en manos de los

---

offenders. A restorative response to crime», en *Waterside Press*, 2ª ed., Winchester, 1996. Pág. 1(91-92) a 223.

<sup>641</sup> Un sector de la doctrina apuesta por hablar de «sistemas alternativos» a la solución al conflicto de forma judicial, y no de «proceso de mediación». Y ello aún cuando los conceptos utilizados para hacer referencia a aquellos mecanismos de solución de conflictos al margen de la vía jurisdiccional sean muchos y variados. Si bien, todos hacen referencia a «técnicas» alternativas de resolución de conflictos. Cfr. BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, ob. cit. Pág. 12-14; BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho procesal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. Pág. 36.

<sup>642</sup> Cfr. HERVADA XIBERTA, J.: *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, 10ª ed., Pamplona, 2011. Pág. 1(19-21) a 204. Señala este autor que ciertamente se ha llamado y se llama justicia a muy diversas cosas, que van desde el orden o la proporción del universo hasta la variopinta gama de cosas a las que modernamente se les da este nombre. Si bien, y en cuanto a esa justicia que tiene que ver con el arte del derecho, podemos definirla como el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual lo que es suyo.



Tribunales todo tipo de cuestiones que bien podrían resolverse en el ámbito privado o mediante mecanismos de justicia más próximos al ciudadano.

En el ámbito del Derecho penal juvenil, penalistas de reconocido prestigio como García-Pablos de Molina, Cuello Contreras, Ríos Martín, Segovia Bernabé, Bueno Arús, Beristain Ipiña, o quien fuera el primer Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Urra Portillo, se muestran partidarios de impulsar medidas alternativas al proceso penal para solucionar los conflictos, avalado en la actualidad por la normativa comunitaria a la que me referiré a continuación. Consideran un error afirmar la naturaleza penal de la responsabilidad del menor infractor, lo que lleva, en cierto modo, a criminalizar la infancia, apelando al respeto y conservación del principio de intervención mínima del Derecho penal, instrumento del Estado para canalizar de forma efectiva y eficaz los problemas más graves hacia el proceso penal<sup>643</sup>. De este modo, se potenciaría una mayor responsabilidad personal y social en la gestión de los conflictos al margen del proceso penal, a través de mecanismos existentes en el tejido de la sociedad, auspiciadas bajo determinadas previsiones legales que garanticen la seguridad jurídica de las partes intervinientes en el proceso de solución del conflicto. Así, la sociedad civil se involucraría en la resolución de sus propios problemas, con el efecto positivo que eso produce en el menor infractor, ya que le haría tomar conciencia de que el acto ilícito cometido no afecta únicamente a su víctima, sino a toda la sociedad en su conjunto. Por lo que apostar por la responsabilidad social y el respeto del derecho penal mínimo coadyuva a la dimensión preventiva especial del Derecho penal: propiciar la «responsabilización ética» del infractor a través de su introducción en «procesos de responsabilización» por la infracción cometida<sup>644</sup>.

---

<sup>643</sup> El principio de intervención mínima trae sus referencias en el ámbito internacional: cfr, «Reglas de Beijing» de 1985, cit. Reglas 6, 11, 13, 18, 19 y 23; Recomendación R(87) 20, de 17 de septiembre de 1987, cit. Apto. II, Reglas 2, 3, 6, 7, 11, 13 y 14; Recomendación R(2003) 20, de 24 de septiembre de 2003, cit. Reglas 7, 15, 16 y 17; Recomendación R(2008) 11, de 5 de noviembre de 2008, cit. Reglas 6, 10, 12, 23, 27 y 49. En el ámbito nacional: cfr. LORRPM, cit. EM II, 9 y 13; art. 18.

<sup>644</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit.; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit.; RÍOS MARTÍN, J. C.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «La ley de responsabilidad penal de los menores: cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso», ob. cit.; BERISTAIN IPIÑA, A.: *Victimología. Nueve palabras clave*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 1 a 622; BUENO ARÚS, F.: «Aspectos sustantivos de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores», en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001. Pág. 61-75; CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, ob. cit.; URRÁ PORTILLO, J.: *Niños y no tan niños*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1998. Pág. 1 a 392.

Como señala el Prof. García-Pablos de Molina, «en todo programa resocializador se trata de integrar al individuo en el mundo de sus conciudadanos, y, ante todo, en las colectividades sociales básicas, como la familia, la escuela, el ámbito laboral, etc., proporcionándole una auténtica ayuda que le haga salir del aislamiento y asumir su propia responsabilidad»<sup>645</sup>. Por paradójico que resulte, el sistema penal tal y como está concebido por nuestro ordenamiento jurídico, genera irresponsabilización, despersonalización, incapacidad para asumir consecuencias. Todo un impagable servicio a la reincidencia.

Este nuevo «modelo de responsabilización social» terminará por llegar tarde o temprano, todavía carente de una suficiente estructuración conceptual y principal. Reconocido, además, por autores como Díez Ripollés, aún cuando califican este modelo social de responsabilidad de modelo antagonista al del Derecho penal actual<sup>646</sup>. La tendencia hacia un «modelo de responsabilidad social» del menor infractor ha recibido un gran impulso a tenor de las recomendaciones y resoluciones de Naciones Unidas, la Unión Europea y el Consejo de Europa, las cuales instan a los Estados a adoptar medidas y procedimientos acordes con los principios de la justicia reparadora, y a dotar a los sistemas de justicia juvenil de una finalidad esencialmente responsabilizadora, educativa y reparadora.

Desde mi experiencia con menores infractores, en la inmensa mayoría de los casos en que el comportamiento irregular del menor es tan frecuente que infrinja la ley como infrecuente que sea detenido o condenado por ello, debe reconocerse al menor una capacidad elemental de responsabilidad, de asumir las consecuencias de sus actos, pero con la necesidad de que el sistema a través del cual se establezca, salga del Derecho penal, aún cuando pueda reconsiderarse esta alternativa para los casos más graves, pues precisamente por la frecuencia de la conducta irregular en el menor adolescente como consecuencia del período evolutivo en que se encuentra. La entrada en el circuito judicial penal suele aportar al menor infractor una experiencia negativa que marca el

---

<sup>645</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Problemas actuales de la Criminología*, Publicaciones Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1984. Pág. 218.

<sup>646</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La nueva política criminal española», en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 17, ob. cit. Pág. 67-68.

comienzo de la llamada «desviación secundaria», de la que ya hablé en el Capítulo II<sup>647</sup>. A través de las denominadas «sanciones informales» se evita la impronta indeleble y, en muchos casos traumática, que deja en el menor infractor su primer –y en la inmensa mayoría de los casos, último y único- contacto con el sistema penal<sup>648</sup>.

Respetando el principio de intervención mínima para los casos más graves, también en el acompañamiento de estos menores en el cumplimiento de las medidas judiciales, tan importante es la creencia de que el menor pueda cambiar, como la concurrencia imprescindible de un «facilitador» que crea en la recuperabilidad de la persona y tenga la audacia suficiente de apostar comprometidamente por ello, a sabiendas de que necesitará una buena dosis de paciencia<sup>649</sup>.

En consecuencia, el modelo «integrador» de justicia se presenta como una forma de aplicación del Derecho, en el que las partes deciden, en un contexto de respeto personal y equilibrio de poder, las consecuencias de la infracción penal del infractor, de una forma totalmente voluntaria y atendiendo a las necesidades tanto del infractor como de la víctima. La valiosa función que puede desarrollar, en el marco de los recursos legales y sociales destinados a prevenir y combatir la delincuencia, es, a mi juicio, su principal activo como medio de resolución de conflictos, en la medida en que parte del reconocimiento voluntario de la autoría por el infractor y el acto de responsabilidad que manifiesta, pues suele ir acompañada del sometimiento voluntario del infractor a programas socio-educativos, de rehabilitación, laborales, etc. Lo que no implica que deban dejarse de valorar cuantas circunstancias concurren para modular la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del infractor, a efectos de determinar la

---

<sup>647</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 265-266; *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 988 y ss.; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 479 y ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Razones para un proceso penal con menores», ob. cit. Pág. 15; «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», ob. cit. Pág. 224. Ambos autores se refieren a los programas originales de «*diversion programs*» o alternativas a la intervención del sistema legal y de sus instancias oficiales.

<sup>648</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 269-270; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: «La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», en *Actualidad Penal*, núm. 33, Ed. La Ley-Actualidad, 2000. Pág. 699 a 727; SCHNEIDER, H. J.: *Kriminologie*, Ed. Walter de Gruyter Incorporated, Berlín – Nueva York, 1987. Pág. 663 y ss.

<sup>649</sup> Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «La mediación en el Derecho penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de *lege ferenda*», ob. cit. Pág. 3363-3364.

condena<sup>650</sup>. En esta línea se destaca su eficacia preventiva y su carácter menos discriminatorio que otras sanciones penales.

Por otra parte, las necesidades que expresa la víctima habitualmente no guardan relación con la dureza del castigo que se impone al infractor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades que ha perdido como consecuencia del delito. Es algo tan sencillo como poder ser escuchada y poder oír la motivación del infractor para delinquir. Tales necesidades no suelen coincidir, en absoluto, con la pretensión procesal. Lo que explica la frecuente insatisfacción de los usuarios del sistema judicial.

Para articular debidamente una solución a un conflicto penal entre víctima e infractor desde la propia sociedad se requiere la intervención de «las instancias oficiales del sistema» que medie entre el infractor y la víctima<sup>651</sup>. Ambas partes confrontan su propia realidad poniendo, cada uno, historia y rostro al otro. El mediador tratará de restablecer los canales de comunicación entre las partes en conflicto, desde los principios de gratuidad, independencia, imparcialidad y respeto exquisito a la voluntad de las partes, de modo que la víctima pueda conocer las causas del actuar antisocial del infractor, y el infractor, a su vez, conozca el sufrimiento que ha producido en la víctima. Este intercambio ayudará al infractor a responsabilizarse en un momento en que tiene capacidad para hacerse cargo de sus propios actos, para poder encargarse autónomamente de su vida desde un proyecto personal; y a la víctima a dar respuesta a sus porqués y superar más fácilmente la agresión. Todo ello sin humillaciones, respetando los procesos y evoluciones personales<sup>652</sup>.

---

<sup>650</sup> Sin embargo, en el proceso penal rara vez existe un reconocimiento espontáneo del conflicto por parte del infractor, por lo que ya no se da el mínimo presupuesto necesario para resolverlo. Nunca será posible el diálogo si sólo hay interrogatorio. Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «La mediación en el Derecho penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de *lege ferenda*», ob. cit. Pág. 3361.

<sup>651</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 278. Cfr. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: «Binomio delincuente-víctima en la Criminología». HOYO SIERRA, I. A.; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. (Eds.): *La relación jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

<sup>652</sup> Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: *La infancia en conflicto social. Tratamiento socio-jurídico*, Ed. Cáritas Española, Madrid, 1998. Pág. 1 a 117.

#### **14. ¿Vulnera el modelo integrador de justicia los derechos fundamentales de las partes en conflicto?**

La globalización, la multiplicación de actores jurídicos y los niveles de poder, la complejidad de las estructuras jurídicas y una mayor interrelación entre las personas, así como la observancia de la ineficacia de los modelos de justicia imperantes; esta realidad propone la necesidad de relativizar las posiciones externas, de fomentar un mayor protagonismo de las partes en conflicto como consecuencia de la necesidad social de acelerar las respuestas, en que el juez modera la tendencia de que se trate y aplica la ley al caso concreto. No por ello puede obviarse, por un lado, el modelo dogmático del Estado de Derecho de las Constituciones y los Códigos, que impone y prohíbe, servidor de la ley en dos direcciones: ascendente, para verificar la validez de la norma inferior, y descendente, para aplicarla; y por otro, el modelo pragmático del Estado de bienestar, que desplaza el dogmatismo de la abstracción y la generalidad de la ley, al pragmatismo de la singularidad del caso.

Hasta ahora los modelos de justicia reparadora son, en general, de carácter privado o cuasi privado, lo que ha levantado cierta sospecha entre la doctrina, por entender que al tratarse de una «justicia negociada», es muy alto el riesgo de que se vulnere el efectivo de las garantías procesales, ya que no se rigen por los principios y criterios generales del poder judicial. Comparto la opinión del Prof. García-Pablos de Molina, quien apunta que «el riesgo de que se vulneren dichas garantías es menor cuando intervienen las instancias oficiales del sistema», de ahí que aún cuando las notas comunes de los modelos de solución de conflictos alternativos al sistema legal sean la economía y la autonomía de la voluntad, «han de contar con los oportunos dispositivos de control a fin de que los procesos de negociación y las soluciones que se pacten no impliquen *de facto* una merma sensible de las garantías del menor»<sup>653</sup>. No todos tienen por qué incardinarse al margen de un proceso judicial, y todos podrían ser utilizados como «técnicas alternativas» de resolución de conflictos dentro de un procedimiento judicial.

---

<sup>653</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 278.

Entre las prácticas restaurativas que integran estas «alternativas» de resolución de conflictos, su buque insignia es la «mediación penal» propiamente dicha. Su utilización supone un cambio de cultura, tanto de la sociedad como de los profesionales que intervienen en el sistema judicial. «Hace falta devolver a la sociedad civil su responsabilidad de resolver el conflicto»<sup>654</sup>.

La figura de la «mediación» como forma de solución de conflictos fue inicialmente perfilada en la Recomendación nº R (99) 19, de 15 de septiembre, del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, a que ya me he referido con anterioridad<sup>655</sup>. En ella se define como un proceso donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto producto de un crimen, a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador<sup>656</sup>. Existe un amplio consenso por parte de los Estados dentro del marco de la Unión Europea en aceptar que un «proceso de mediación» es una solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutro. Así ha sido definida por la Decisión Marco del Consejo de la UE, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)<sup>657</sup>. En su art. 1.e) se prevé como una medida de asistencia a la víctima encaminada a paliar los efectos del delito, definiéndola como «la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente». Esta definición de «mediación» marca ya las pautas para su implementación en el marco de un ordenamiento jurídico penal sustantivo y procesal, en cuanto que traza el concepto de mediación y las líneas espacio-temporales en que va a tener lugar<sup>658</sup>. Desde esta

---

<sup>654</sup> Vid. VV. AA.: «Protocolo de mediación penal. La mediación penal en el sistema de justicia. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial», ob. cit. Pág. 89.

<sup>655</sup> La Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, señala que «la legislación debe facilitar la mediación en estas materias», debiendo existir una guía del uso de la «mediación», que contenga las garantías legales fundamentales de los «procesos de mediación». Vid. Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, cit. Apéndice, aptdo. III, punto 6.

<sup>656</sup> Cfr. Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, cit.

<sup>657</sup> Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOCE L 82/1, de 22 de marzo de 2001). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF>. Art. 1.

<sup>658</sup> No se trata solo de impulsar la utilización de esta medida sino también de que los Estados aseguren su eficacia dentro del proceso, sin que las consecuencias de un acuerdo suponga la finalización de éste. Y ello al amparo del art. 17 referente a la aplicación, al establecer que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco. Cfr. Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, cit. Art. 10. Si bien, el desarrollo de este tipo de mediación por los Estados comunitarios es muy desigual, y la justicia criminal se muestra muy reticente a estas «alternativas» de solución de conflictos criminales. Aunque existe un amplio consenso de los países europeos en aceptar que un «proceso de mediación» sea una

perspectiva, no tiene por qué vulnerar ningún derecho fundamental, siempre que se respeten el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tipificada en el art. 24 de la CE.

Se entiende por «mediación» aquel mecanismo de carácter voluntario en virtud del cual un tercero –el mediador- de forma neutral, imparcial y confidencial, posibilita un «espacio de diálogo» entre víctima y ofensor, y guía a las partes para que sean éstas quienes lleguen a un acuerdo, sin capacidad decisoria sobre el fondo de la situación conflictiva<sup>659</sup>. En consecuencia, lo característico de la «mediación» –a diferencia de otras figuras afines como la conciliación, la negociación o la transacción- está en que el «mediador» es un mero facilitador que ofrece alternativas no contempladas por el infractor y la víctima para lograr la solución del conflicto, o se adelanta a exponer las posibles dificultades que las distintas opciones puedan acarrear en el futuro. Dejando siempre a la voluntad de las partes la decisión de la solución a la controversia.

La doctrina es unánime para reconocer que la «mediación» se nos ofrece como eje y manifestación más importante del modelo «integrador» de justicia. Ello refuerza la propia naturaleza jurídica de esta figura de la «mediación» en el ámbito judicial: una forma de resolución de un conflicto, alternativo a la vía judicial tradicional, que «necesita del marco judicial para existir»<sup>660</sup>.

Otros autores entienden que el concepto de «conflicto», como sustitución a la noción de «delito» en los sistemas alternativos a la solución de un conflicto, provoca una huída de los principios penales ordinarios hasta mezclarse con conceptos propios del Derecho civil, lo que conlleva que la materia delictiva sea tratada de un modo

---

solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutro. Si bien, al estar poco institucionalizada y, en todo caso, recogida de forma muy sucinta en algunas leyes, la mediación se ha ido implantando de forma irregular en los distintos países europeos. En el escenario europeo: en el Reino Unido está muy desarrollada. En Austria, Francia y Alemania existen programas de mediación penal promovidos por la legislación interna vinculado al sistema judicial. En Noruega se combinan programas de mediación con otros de participación de un grupo comunitario que decide respecto del acuerdo de reparación. En España los programas se desarrollan desde algunos Juzgados, no existiendo una regulación legal específica en materia penal.

<sup>659</sup> Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Justicia reparadora, mediación y sistema penal. Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?», en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernart*, t. I, Ed. Edisofer, Madrid, 2008. Pág. 467.

<sup>660</sup> Vid. ARIBAS COS, M. I.; ROBLES SÁNCHEZ, J. I.: «La Ley de Responsabilidad Penal del Menor y el papel del psicólogo y la mediación en la Ley 5/2000», en *Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 5, Madrid, 2005. Pág. 31(46) a 55; VARONA MARTÍNEZ, G.: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, Granada, 1998. Pág. 77.

distinto a como se haría en sede judicial penal. Además de la flexibilización de los derechos del imputado en el proceso penal, soslayándose ciertas garantías como el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a no declarar contra sí mismo, pues el sometimiento del infractor-ofensor a una vía de justicia reparadora distinta al proceso penal implica reconocer la comisión del hecho delictivo<sup>661</sup>.

Sin embargo, los procesos alternativos de solución de conflictos –como la «mediación»- no tienen por qué chocar con los derechos fundamentales de las partes afectadas. Por lo que respecta al infractor, el ofrecimiento que realice el órgano jurisdiccional para participar en el proceso de mediación no tiene por qué traer causa de la flagrancia del delito, o del reconocimiento de hechos, sino de la naturaleza y circunstancias del hecho criminal y de la posibilidad de reparación<sup>662</sup>. Aún cuando la interpretación del art. 19 de la LORRPM podría, en algunos casos, afectar a los derechos del menor infractor, por lo que la intervención de su Letrado será imprescindible.

En consecuencia, tal y como está articulada la «mediación» y su encuadre en el proceso penal, el problema fundamental de esta institución radica en el reconocimiento de los hechos y la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia. De ahí que el carácter voluntario de la «mediación penal» necesite de una especial protección.

El sometimiento a un «proceso de mediación», para el infractor, no exige el arrepentimiento. Por lo que no colisiona el principio de presunción de inocencia. Simplemente arreglar el conflicto entre infractor-víctima. El infractor ha violado la norma jurídica y debe reparar el daño causado. Para el caso de que no llegaran a un acuerdo, el procedimiento continuaría, debiéndose probar en el acto del juicio la autoría real del infractor con todos sus matices. En este sentido, quizá debiéramos plantearnos si no debiera el Juez de menores, en muchos casos, absolver al menor infractor por entender que la violación de la norma penal es tan burda –para entenderlo, debiera haberse quedado en una mera chiquillada- que no es merecedora de una sentencia de

---

<sup>661</sup> Cfr. FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2005. Pág. 1(474) a 611; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de la Reparación», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1997. Pág. 129-158.

<sup>662</sup> Cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Ed. La Ley, Madrid, 2010. Pág. 1(194-195) a 206.



condena penal, debiendo limitarse a solventar la responsabilidad civil derivada del acto ilícito.

Tampoco vulnera la confidencialidad de todo lo tratado. Lo tratado en el proceso de mediación entre las partes, en presencia del mediador, tiene carácter secreto. Necesariamente ha de ser así, pues en modo alguno se daría ese espacio de diálogo entre infractor y víctima si todo lo tratado por ambas partes fuera utilizado con posterioridad como estrategia procesal de las partes en su defensa, lo que estaría muy alejado de los fines que se persiguen con estos procesos de solución de controversias<sup>663</sup>.

Por otra parte, el infractor debe tener, ante todo, el respeto a las garantías del proceso establecidas en el CEPDHLF de 1950<sup>664</sup>. Si el infractor-ofensor reconoce los hechos, puede producir un doble efecto positivo. Por un lado, le puede ayudar a tomar conciencia del daño inferido a la víctima y de las consecuencias que tienen sus actos, y ello puede contribuir –en mucho– a su resocialización. Pensemos que la entrada en el circuito de la «mediación», si llega a su fin, conlleva la reparación del daño, lo cual también supone un éxito en cuanto a la consecución del carácter retributivo del Derecho penal y de la pena. Por otro lado, puede contribuir en mucho a la propia legitimidad del propio Derecho penal, cuyos principios garantísticos, junto a la finalidad de prevención especial en el caso del Derecho penal de menores, han de fundamentar, justificar y legitimar su existencia misma<sup>665</sup>. El Derecho penal seguirá entrando en el conflicto por la comisión del tipo, pero podrá echar mano de todas aquellas alternativas no penales que, sin perjudicar el marco irrenunciable de garantías que el Derecho penal representa, su uso no implica un mal mayor que el que supone la pena.

---

<sup>663</sup> Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*, ob. cit. Pág. 49; Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, cit. Apéndice, apartado II; CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, ob. cit. Pág. 195-196.

<sup>664</sup> Cfr. CEPDHLF de 1950, cit. Art. 6 y 7.

<sup>665</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MESA, M.J.: «Las razones del Derecho Penal. Modelos de fundamentación y legitimación», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 09-10 (2007), Madrid, Diciembre\_2007. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>. Pág. 1 a (16-20). La autora defiende el «garantismo» como modelo de Derecho penal, ajustado a la más estricta legalidad, caracterizado «en el plano epistemológico como un sistema de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad, y el plano jurídico como un sistema de límites impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos». En sentido similar: GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 57; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992. Pág. 1(247) a 428.

Desde el punto de vista de la pena, la medida judicial cuando se trata de un menor infractor, «no soluciona los problemas de la víctima, ni es útil para el delincuente, y tiene un elevado coste social»<sup>666</sup>. Para el autor del delito, acogerse a la «mediación» conlleva algunos beneficios si se llega a adoptar un «acuerdo de reparación»: se considerará a su favor la atenuante de reparación del daño en la resolución judicial que se dicte. Y siempre dejará al Juez cierto margen de maniobra para ajustar la pena a las circunstancias personales del infractor. En consecuencia, al infractor le conviene mediar.

Si el infractor no reconoce los hechos, siempre podrá oponerse a participar en el «programa de mediación», ya que es voluntario. El procedimiento judicial continuará su curso, y él podrá defender su inocencia en el acto del plenario.

Un sector de la doctrina entiende que la «justicia reparadora», como manifestación del principio de oportunidad, podría lesionar el principio de igualdad, dado que la respuesta al delito nunca va a ser la misma para los infractores que se encuentren en casos similares o análogos, pues va depender del criterio que adopte el Fiscal en cada caso concreto. Habrá algunos que, en virtud del principio de oportunidad, no incoen el proceso penal, a diferencia de otros que sí lo harán. Esto también puede provocar el llamado efecto de atenuación del rigor sancionador en perjuicio de la prevención general, con quiebra de las legítimas expectativas de la víctima, la desvirtuación del papel de las partes en el proceso penal, etc., cuyo resultado es únicamente la descarga de trabajo<sup>667</sup>.

En el anterior epígrafe ya señalé la apuesta de un sector de la doctrina por hablar de «sistemas alternativos» a la solución al conflicto intrajudicial, avalando que los conceptos utilizados para hacer referencia a aquellos mecanismos de solución de conflictos al margen de la vía jurisdiccional son muchos y variados<sup>668</sup>. Esta corriente

---

<sup>666</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 182.

<sup>667</sup> Cfr. CALLEJO CARRIÓN, S.: «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», ob. cit. Pág. 3-4.

<sup>668</sup> Cfr. BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, ob. cit. Pág. 12-14. La autora reseña una tipología de sistemas alternativos de conflictos, destacando: el arbitraje, la conciliación, la mediación, el Ombudsman propio de los países nórdicos y anglosajones, la negociación o la transacción. Y remite a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (Decreto nº 914 de 2002), de gran interés, pues define cada uno de estos sistemas, entendiendo por «mediación» un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más

doctrinal, aparecida en Europa en los años setenta, apunta hacia la despenalización y la diversificación de respuestas que la justicia ofrece ante la comisión de un ilícito penal.

En el caso de la mediación, si la «mediación» resulta exitosa, finalizará con un acuerdo. Del acta que recoja el acuerdo se dará traslado al juez al tiempo de la celebración del juicio oral. De este modo se garantiza la presunción de inocencia del infractor. Si bien, dicho acta no recogerá en ningún caso los derechos de la víctima, sino tan sólo el contenido de la reparación, a fin de que no pueda ser utilizado en el juicio. Si la «mediación» no resultare exitosa, nada de lo tratado entre las partes podrá emplearse en el proceso. No hace prueba, y el Juez sólo sentencia sobre hechos probados. Como tampoco podrá ser llamado a juicio en calidad de testigo o perito el mediador, quien queda amparado por el secreto profesional.

En consecuencia, el sometimiento a un «proceso alternativo e integrador» del judicial no choca en absoluto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No parece viable concebir la «mediación» como un instrumento de replanteamiento de la legitimidad penal. Tampoco implica la vulneración del sistema penal, pues ni se cuestiona el bien jurídico protegido, ni sustituye la pena.

## **15. Pedagogía de la mediación penal en el Derecho penal juvenil.**

Efectivamente, el proceso penal trata de esclarecer si el hecho denunciado existió o no, si el imputado tuvo una participación activa en el mismo, y con qué grado de responsabilidad. Sin embargo, la premisa de la «mediación» es otra bien distinta y persigue otra finalidad: para que un «proceso de mediación» tenga lugar debe

---

personas tratan de lograr por sí mismas la solución de diferencias con la ayuda de un tercero neutral y cualificado que se denomina mediador. En el mismo sentido: MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal español», en *Diario La Ley*, año XXX, núm. 7255, Madrid, Octubre\_2009. Pág. 1 y 4; *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2007. Este autor fue uno de los pioneros en apelar a la promulgación de una Ley de Mediación Penal de carácter integral. Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA: *Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012*, Acuerdo del Consejo de Ministros, Gobierno de España, Madrid, 18 de septiembre\_2009. Disponible en Internet: [http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009\\_2012.pdf](http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009_2012.pdf). Pág. 1 a 149. Punto 5.4 Eje Estratégico 4: UN SERVICIO PÚBLICO ORIENTADO A LAS PERSONAS, Actuación 4.2.3: Desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias. Pág. 104-109.

reconocerse voluntariamente la existencia de un conflicto, tanto por el infractor como por la víctima. Lo que significa que el reconocimiento de la autoría –y la consiguiente responsabilidad- es el punto de partida fundamental para la resolución del conflicto.

Como ya he anticipado en los anteriores epígrafes, las nuevas legislaciones penales juveniles de la mayoría de los países de Europa que han adelantado procesos de reforma de la legislación penal juvenil, indican una tendencia a la adopción de mecanismos de desjudicialización, a la diversificación de medidas judiciales en el medio abierto y a la participación de la víctima por el delito en las soluciones extrajudiciales y reparatoras de solución al conflicto<sup>669</sup>. No puede ser de otra manera, ya que la normativa internacional y comunitaria apunta en esa dirección. Las recomendaciones y las resoluciones de Naciones Unidas, la Unión Europea y el Consejo de Europa instan a los Estados a adoptar medidas y procedimientos acordes con los principios del modelo «integrador» de justicia, y a dotar a los sistema de justicia penal juvenil –tanto en el plano de la prevención como en el de la respuesta al menor infractor y su tratamiento- de una finalidad esencialmente responsabilizadora, educativa y reparatora<sup>670</sup>.

---

<sup>669</sup> Desde los años 80 existen «programas de mediación» en Gran Bretaña, Austria, Noruega, Finlandia, Países Bajos, Alemania y en algunos cantones de Suiza. *Eleventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Bangkok, 18-25 April 2005*, United Nations, A/CONF.203/18, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° 05.IV.7, New York\_2006. Disponible en Internet: <http://www.unis.unvienna.org/pdf/uniscp509e.pdf>. Desde el año 1990 y por la Comisión Europea se impulsaron proyectos de diagnóstico de los sistemas de justicia juvenil de los países de América Latina y España, en aras a evaluar su adecuación a los principios de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

<sup>670</sup> No toda la normativa internacional en materia de justicia reparatora tiene fuerza obligatoria en el Derecho internacional: es decir, carece de carácter vinculante o ejecutivo para los Estados, a excepción de la CDN, que tiene fuerza obligatoria para todos los Estados partes. Me refiero a: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: «Reglas de Beijing» de 1985, cit. Regla 11; Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se efectúa la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Disponible en Internet: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/21/IMG/NR048521.pdf?OpenElement>. Punto 7; CDN de 1989, cit. Art. 40.3.b); «Reglas de Tokio» de 1990, cit.; «Directrices de Riad» de 1990, cit.; «Reglas de La Habana» de 1990, cit.; Observación General núm. 10 (2007) a la Convención sobre los Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, de Ginebra\_2007. Disponible en Internet: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc). Pág. 1 a 28. UNIÓN EUROPEA: CEDN de 1992; Propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo, sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea (2003/2188/INI). Disponible en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A5-2004-0094&language=ES>. Pág. 1 a 19; Dictamen 2006/C 110/13, sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea (DOUE C 110/75, de 9 de mayo de 2006). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:110:0075:0082:ES:PDF>. Punto 4.3; Resolución

El término «*diversion programmes*», traducido como programas o alternativas de derivación o diversificación, agrupa nuevas tendencias de política criminal orientadas a prescindir de la operatividad de la maquinaria judicial que se pone en marcha como consecuencia de la infracción de una norma penal por el menor de edad imputable, a excepción de los casos más graves. En definitiva, «se trata de acometer el control social de la criminalidad por fuera de las instancias judiciales mediante programas alternativos, y desviar determinadas formas de criminalidad de los procedimientos formales»<sup>671</sup>. Su «filosofía integradora y reparadora» trata de incorporar al sistema penal de menores la atención por los intereses de la víctima y la comunidad en su conjunto a través de la «mediación» reparadora y de la búsqueda de la conciliación, con el fin de evitar la estigmatización que todo proceso judicial produce, tanto en el menor infractor -«desviación secundaria»- como en la víctima -«victimización secundaria»-, afirmando la primacía de los principios rehabilitadores en toda intervención con el menor infractor (principio de responsabilidad civil *ex delicto*, la conciliación o la reparación del daño causado)<sup>672</sup>.

Cuando se trata del menor de edad, pensemos que, en muchas ocasiones, no haría falta poner en marcha el mecanismo judicial previsto cuando el menor comete un ilícito penal –me refiero a los casos menos graves-, pues los propios agentes de control

---

de 20 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil – el papel de las mujeres, la familia y la sociedad (2007/2011/INI). Disponible en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0283+0+DOC+XML+V0//ES>. Pág. 1 a 11. CONSEJO DE EUROPA: Recomendación R(87) 20, de 17 de septiembre de 1987, cit. Tít. I «Prevención», Tít. II «Desjudicialización y mediación», Tít. III «Justicia de menores», y Recomendación R(88) 6, de 18 de abril de 1988, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, cit.; Recomendación R(2003) 20, de 24 de septiembre de 2003, sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Punto III.8; Recomendación (2006) 2, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, cit.; Recomendación R(2008) 11, sobre Reglas europeas para menores sujetos a sanciones o medidas, cit. Parte I, aptdo. A.12: *Se estimularán la mediación y otras medidas restaurativas en todas las etapas del tratamiento con menores*.

<sup>671</sup> Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: «La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», ob. cit. Pág. 699.

<sup>672</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 265-266; *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 988 y ss.; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 479 y ss; ARIBAS COS, M. I.; ROBLES SÁNCHEZ, J. I.: «La ley de responsabilidad penal del menor y el papel del psicólogo y la mediación en la Ley 5/2000», en *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 5, Ed. Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense y la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Madrid, 2005. Pág. 31(46-49) a 55; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Razones para un proceso penal con menores», ob. cit. Pág. 15; «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», ob. cit. Pág. 224; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I.: *Menores infractores y sistema penal*, ob. cit. Pág. 9.

social como la policía, la familia, el colegio, los amigos, intervienen sobre el menor. Por ej., si el menor es detenido por la Policía, al tiempo del aviso a la familia para ser recogido en la Comisaría, una vez en su núcleo familiar ya recibe un reproche ante lo inadecuado de su acción, o ha sido sancionado por el propio centro escolar. Tales circunstancias permiten, en el Derecho penal juvenil español, que el Ministerio Fiscal pueda archivar las Diligencias Preliminares incoadas al menor infractor como consecuencia del atestado de la Policía, al cerciorarse de que el menor ya ha recibido el reproche suficiente por el ilícito cometido.

La CDN de 1989, primer instrumento jurídico de carácter vinculante y garantista que se constituye en punto de referencia de la evolución histórica del Derecho de menores, anima a los Estados partes a adoptar sistemas de justicia especializados para menores que se adecúen a sus principios, y sean permeables a las soluciones desformalizadoras que plantean instrumentos previos o posteriores a ésta. En su art. 40 así lo prevé, aseverando a los referidos Estados para que «siempre que sea apropiado y deseable» traten al menor infractor «sin recurrir a procedimientos judiciales»<sup>673</sup>.

Como consecuencia de las peculiares características del Derecho penal de menores, la justicia juvenil ha sido siempre un campo de experimentación de propuestas político-criminales de reacción al delito de nuevas figuras procedimentales, «sanciones informales» y vías de desjudicialización: en el caso español, la evitación del proceso penal para los delitos menos graves o faltas, imposición de medidas de contenido educativo, medidas individualizadas en el medio abierto, internamiento para los casos más graves, y la adopción de soluciones reparadoras que tengan en cuenta las necesidades del menor infractor y su víctima, con especial referencia a los programas de mediación infractor-víctima. Igualmente, el protagonismo que ha ido cobrando la

---

<sup>673</sup> CDN, cit. Art. 40: 3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.* La Convención de Derechos del Niño, con valor formal de fuente del Derecho Internacional, tiene fuerza obligatoria para todos los Estados partes, ratificada por España el 30 de abril de 1990. Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I.: *Menores infractores y sistema penal*, ob. cit. Pág. 10; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «¿Es posible un modelo comparado de reeducación y reinserción en el ámbito europeo? », en *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-09 (2008), Agosto\_2008. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-09.pdf>. Pág. 1(15-26) a 36.

víctima en el proceso penal, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la aproximación teórica al Derecho penal y la moderna criminología que trasciende la concepción clásica del delito centrado en el menor infractor, para incluir a la víctima, la comunidad en su conjunto y la reacción social.

Es este contexto el que hace que el modelo «integrador de justicia» surja como una alternativa al modelo disuasorio tradicional y al modelo resocializador. Aborda una nueva concepción del delito como problema social y comunitario, implicando no sólo a infractor y víctima, sino también a la comunidad en su conjunto y al sistema de justicia. Sin embargo, la lectura del delito que hace el modelo disuasorio clásico enfrenta simbólicamente al infractor con la ley, sin que la víctima ni la sociedad jueguen papel alguno<sup>674</sup>.

En la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos, se establece la necesidad de facilitar a las víctimas el acceso a la justicia para obtener reparación por el daño sufrido a través de procedimientos que lo faciliten. En concreto: «Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas»<sup>675</sup>.

La experiencia de «mediación y reparación penal juvenil» llevada a cabo en España tiende a la consecución de tres fines: a) lograr la conciliación extrajudicial entre infractor y víctima en el marco de un encuentro, aún cuando necesita del marco judicial para que pueda darse; b) una despenalización; y c) la reparación del daño causado, libremente consentida por infractor y víctima.

En atención a que la normativa internacional más relevante en el Derecho penal de menores contempla la «mediación» como el pilar de la justicia juvenil, el ordenamiento jurídico español, vinculado a los principios de oportunidad y de

---

<sup>674</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 988 y ss; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 430 y ss; GARCÍA PÉREZ, O.: «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico», en *Revista Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 3, Ed. UNED, Madrid, 1999. Pág. 33-76.

<sup>675</sup> Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, cit. Punto 7.

intervención mínima, alude al derecho a la justicia reparadora de una forma expresa con la Ley Orgánica 4/92, proporcionando una base legal sólida a los programas de «mediación» y «reparación». Desde su entrada en vigor, en España se ha comenzado a emplear el término «alternativas» de manera recurrente para referirse a todas aquellas sanciones que pueden dictar los jueces de menores distintas de la del internamiento. Además, la legislación española contempla la posibilidad de que el juez de menores pueda decidir el archivo de las actuaciones o la suspensión del fallo, siempre que el menor, de acuerdo con el perjudicado, lleve a cabo una reparación extrajudicial o se comprometa a ello.

Con la entrada en vigor de la LORRPM, la «alternativa» entendida como «mediación» se da en dos sentidos: en primer lugar, porque con la reparación a la víctima, previa conciliación entre autor y víctima, ambas partes obtienen unos beneficios claros: el menor infractor puede evitar la continuación del proceso judicial, y la víctima se ve resarcida de los daños sufridos, bien materiales, bien morales; y, en segundo lugar, porque la «mediación» *per se* constituye un modelo alternativo de reacción frente al delito, ya que parte de una perspectiva de justicia en la que lo determinante no es la reacción punible frente al menor infractor sino la resolución del conflicto, el restablecimiento de las condiciones que permitan la convivencia en paz entre quienes se vieron inmersos en el conflicto.

Tanto en la LORRPM, en concreto en su EM como en sus art. 19 y 27, como en el art. 5 del RLORRPM, se responsabiliza al menor infractor de los hechos realizados a través de un «proceso de mediación», como una de las posibles fórmulas de educación y normalización, siempre que sea posible, incluso en fase de ejecución. Acoge, como parte del «programa de mediación», la conciliación con la víctima, y el compromiso de reparar el daño causado directa o indirectamente a la víctima<sup>676</sup>.

En la jurisdicción de menores es fundamental no perder de vista el principio fundamental reflejado en las «Directices de Riad», que en su Directiz 5 invitan a los Estados partes a reconocer «la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y

---

<sup>676</sup> Cfr. CDN de 1989, cit. Art. 40; «Reglas de Beijing», cit. Reglas 6 y 11; LORRPM, cit. Art. 18, 27, 33 y 51; RLORRPM, cit. Art. 5; CP de 1995, cit. Art. 21.5, 305, 307, 308 y 340.



elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás».

La «mediación» entre el menor infractor y la víctima o perjudicado es una tarea que la ley encomienda al Equipo Técnico, que «informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y del grado de cumplimiento»<sup>677</sup>. Una vez cumplidos los requisitos asumidos por el menor infractor con la víctima o perjudicado por el delito o falta, o cuando uno y otro no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, «el Ministerio Fiscal dará por concluída la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. Poniendo fin al procedimiento»<sup>678</sup>.

La voluntariedad del menor infractor es el punto esencial. Si el menor infractor «no cumple la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del Expediente»<sup>679</sup>. Por lo que el efecto pedagógico se consigue sí o sí.

En consecuencia, la LORRPM desarrolla de forma explícita los «programas de «mediación» y «reparación» para el menor infractor como medios prácticos de esa intervención educativa con el menor infractor que destila su finalidad educativa, o que permite más fácilmente –y también de forma más natural- que se responsabilice del ilícito cometido. Si infractor y víctima aceptan la «mediación» y ésta es un éxito, se permite la no incoación del procedimiento o el sobreseimiento del expediente de reforma.

---

<sup>677</sup> Vid. LORRPM, cit. Art. 19.3; en conexión con el art. 27. Cfr. RLORRPM, cit. Art. 4.2: *Los profesionales integrantes de los equipos técnicos dependerán orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas y estarán adscritos a los juzgados de menores. Durante la instrucción, desempeñarán las funciones establecidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del juez de menores cuando lo ordene. No obstante lo anterior, en el ejercicio de su actividad técnica actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales.* Y art. 5.1.g): *El Equipo Técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el art. 19.4 y 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.* Algún autor señala con razón que el equipo técnico es, ante todo, parte del aparato del Estado en la lucha contra la criminalidad. Cfr. ALBRECHT, P. A.: *El Derecho penal de menores*, ob. cit. Pág. 442 y 444. Tomado de: CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 143.

<sup>678</sup> Vid. LORRPM, cit. Art. 19.4.

<sup>679</sup> Vid. LORRPM, cit. Art. 19.5.

Respecto al sobreseimiento del expediente, el art. 19 reconoce al Ministerio Fiscal la facultad de adoptar esta medida siempre que en la comisión del hecho delictivo no exista violencia o intimidación grave, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del propio menor infractor, «siendo necesario que el menor haya conciliado o asumido el compromiso de reparar a la víctima o perjudicado por el delito o asumido la obligación de cumplir una actividad educativa propuesta por el equipo técnico en el informe»<sup>680</sup>.

Nada hay que responsabilice más a cualquier individuo el reconocimiento de un mal causado, la petición de perdón, la recepción del perdón del ofendido y la reparación del daño causado.

### **15.1. La conciliación con la víctima.**

Como ya he señalado, la justicia reparadora, a través de sus «programas de mediación», resulta ser un instrumento muy valioso para rescatar la dimensión interpersonal y social del delito, y responsabilizar al menor infractor del ilícito cometido, así como llegar a empatizar con su víctima. La respuesta al delito no va a evitar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, pero no puede agotarse en el castigo, lo que pone de manifiesto el fracaso de la prevención especial tan propia del planteamiento positivista, así como la idea de que aún es posible la influencia de una política educativa a través de la ejecución penal<sup>681</sup>.

En este sentido, comparto la opinión de Ríos Martín, quien señala que «el Derecho penal, tanto en su forma de aplicación como en las consecuencias que genera, no responsabiliza. Por más que las instancias penitenciarias encargadas de la ejecución penal quieran exigir a los penados la responsabilización personal por los hechos

---

<sup>680</sup> Vid. LORRPM, cit. Art. 19.1. Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador», ob. cit. Pág. 23.

<sup>681</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita», ob. cit. Pág. 15; «Justicia de menores y ejecución penal», en *Revista Poder y Control*, núm. O, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986. Pág. 213-236; GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Epílogo». En: DE LEO, G.: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, ob. cit.; ALMAZÁN SERRANO, A.; IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: *Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 74-76.

cometidos, ésta no es posible porque la percepción del penado respecto del sufrimiento que está recibiendo le impide ponerse en el lugar de su víctima. De ser agresor pasa a sentirse víctima. Esta violencia institucional no se siente únicamente sobre la pérdida de libertad ambulatoria, sino por la pérdida o deterioro de relaciones afectivas, la ausencia de intimidad, la imposibilidad de prever el futuro y la adaptación a la violencia; estas circunstancias generan a la vez miedo, inseguridad y desconfianza. Son estas claves, junto a la necesidad de adaptación al entorno penitenciario, las que provocan la imposibilidad de asumir la responsabilidad por los hechos cometidos»<sup>682</sup>. De ahí el convencimiento de que la conciliación resulta un medio eficacísimo para el restablecimiento de las relaciones interpersonales entre infactor-víctima, rotas por el delito, o al menos, para la pacificación interior desde la comprensión y el perdón de la víctima, así como de la asunción de la responsabilización por el hecho cometido del infractor. Así lo demuestra la experiencia mediadora en menores infractores.

La delincuencia juvenil, especialmente, debe combatirse, en primer lugar, por los grupos primarios de control social (la familia, el colegio, los servicios sociales), y no en los centros de internamiento. Ahora bien, cuando la *noticia criminis* protagonizada por un menor de edad llega a oídos de la Policía o de la Fiscalía de menores, plantearse la puesta en práctica de una medida alternativa de solución del conflicto a la vía judicial, debe ser con la única intención de resocializar verdaderamente al menor infractor, de responsabilizarle de sus actos, y no mirarlo como un medio más de control social.

Ante lo inadecuado de la delincuencia juvenil, lo más pedagógico estriba en el fomento y la búsqueda de soluciones constructivas que no marginen a las partes en conflicto –menor infractor y víctima- incluyéndolas en la solución al mismo, suavizando las relaciones interpersonales heridas por el conflicto criminal, y así tratar de recuperar y resocializar al infractor-ofensor, y que repare el daño causado por el delito a la víctima<sup>683</sup>. Para esto, la intervención legal e institucional es fundamental, y también la social, ya que, desgraciadamente, desde los medios de comunicación se incita continuamente hacia el miedo y la venganza, incapacitándonos a los ciudadanos para intuir que la intervención sobre el dolor y la herida sufrida tiene un abordaje

---

<sup>682</sup> Vid. RÍOS MARTÍN, J. C.: «La mediación en la fase de ejecución del proceso penal». GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2006. Pág. 169(171-172) a 190.

<sup>683</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 184.

terapéutico desde la búsqueda de la paz interior y la serenidad, aunque también hay excepciones<sup>684</sup>.

A ello apunta la conciliación del menor infractor con la víctima: a propiciar el encuentro infractor-víctima, que el infractor reconozca lo inadecuado de su actuación, el daño causado a la víctima, y asuma la petición de disculpas. Ello ayuda a mejorar el clima social, y que la víctima tenga una mejor disposición hacia el menor infractor, lo que jugará en beneficio de la responsabilización adecuada del menor. Por eso la víctima cumple una función en el control social del delito muy elevada.

En realidad, la «conciliación» no es más que un acto sencillo, generalmente en la sede judicial de la Fiscalía de Menores, en que se encuentran infractor y víctima (bien personalmente, bien por contacto telefónico, bien mediante la entrega de una carta de arrepentimiento y petición de disculpas, etc.), previo acuerdo de ambas partes, y con la presencia del «mediador», cuyo rol adopta el equipo técnico adscrito al equipo fiscal que lleve el asunto. Este profesional conduce el proceso, en virtud del cual el menor infractor reconoce la comisión del daño causado y pide disculpas a la víctima, y la víctima, a su vez, acepta sus disculpas. Y ello sin perjuicio del «acuerdo» al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

A la «conciliación» se refiere el art. 19 de la LORRPM, mediante el cual, partiendo del principio de oportunidad que inspira el Derecho penal juvenil, puede propiciar el desistimiento de continuar con la imputación por parte del Ministerio Fiscal, bien con anterioridad a la incoación del expediente de reforma, bien antes de la conclusión del procedimiento mediante sentencia firme, dando una solución extrajudicial al conflicto<sup>685</sup>. En este caso, se evita la intervención penal. Igualmente, el art. 51.3 de la LORRPM, durante la ejecución de la medida, permite que el Juez de menores deje sin efecto la medida judicial impuesta en sentencia como consecuencia de la «conciliación» entre el menor infractor y la víctima, siempre que considere que dicho

---

<sup>684</sup> Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C.: «La mediación en la fase de ejecución del proceso penal», ob. cit. Pág. 172.

<sup>685</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 19.2: *Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.*

acto de conciliación y el tiempo de cumplimiento de la medida impuesta conlleva ya suficiente reproche por los hechos cometidos por el menor infractor.

En ambos casos, la «conciliación» permite, para el menor infractor, la sustracción de la práctica totalidad o parte del proceso penal; para la víctima, lograr la reparación del daño causado en los términos pactados en el «acuerdo de conciliación». Y siempre se evitan los inconvenientes de la justicia formal.

A la víctima se le reconocen todas las garantías del proceso, respetando el CEPDHLF de 1950. Si bien, su consentimiento a someterse a un programa de mediación como la «conciliación» debe ser libre, y debe conocer con detalle la pretensión de la mediación. Cabe este sometimiento «en cualquier momento en que se produzca el acuerdo» con el menor infractor al que se refiere el art. 19 de la LORRPM, bien durante la tramitación del proceso judicial como en fase de ejecución de la medida impuesta<sup>686</sup>.

En este punto, la doctrina y la jurisprudencia se han planteado el problema que existe ante las posibles discrepancias entre el Fiscal de menores y el Juez de menores, cuando el Juez considere que no se dan las condiciones para tener por correctamente realizado el programa de mediación, e inste la denegación del expediente de reforma. Si el Ministerio Fiscal acuerda el sobreseimiento del expediente de reforma por conciliación entre infractor y víctima tal y como prevé el art. 18 de la LORRPM, esta decisión no vincula al Juez de Menores, ya que, en cumplimiento de las funciones que le atribuye el art. 19 apartado 4 de la LORRPM, «debe controlar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder o no a la pretensión». Tal circunstancia refuerza, en cierto modo, la posición de la víctima en el proceso judicial, ya que, de no llegarse a un acuerdo con el infractor, podrá personarse en el procedimiento –si es que no lo hizo ya, en virtud del art. 25 de la LORRPM-, y continuar con el ejercicio de la acción penal como acusación particular<sup>687</sup>. Por lo que tampoco en este punto, el derecho

---

<sup>686</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 19 y 51.3.

<sup>687</sup> Hasta la reforma de la ley del menor por la LO 15/2003, de 15 de noviembre, el Ministerio Público era el órgano legitimado para iniciar la pretensión acusatoria en solitario, quedando vetada para la víctima o perjudicado la posibilidad de personarse en el expediente de reforma contra el menor infractor como acusación particular. Tal circunstancia llevó al legislador a replantearse la posible inconstitucionalidad de la ley del menor en este punto, pues el ejercicio de la acción penal por el ciudadano tiene rango de derecho constitucional por el art. 125 de la CE. Cfr. LORRPM, cit. Art. 25. Precepto modificado por la

fundamental a la tutela judicial efectiva tampoco se vería lesionado. Además, el Ministerio Fiscal debe comunicar a la víctima o perjudicado el desistimiento acordado, a fin de hacerles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten en la jurisdicción civil<sup>688</sup>.

Para la víctima este proceso es muy importante porque tiene la posibilidad de participar activamente como perjudicada por la comisión de un ilícito penal, manifestar sus sentimientos y sus necesidades, comprender los motivos del menor infractor ante la del hecho delictivo, y, de alguna forma, pactar los términos de la reparación. De esta forma, el propio delito se manifiesta como algo real y reparable.

En consecuencia, la intervención mediadora vinculada al proceso penal del menor infractor puede tener una triple consecuencia en el curso del proceso: por un lado, la no iniciación mediante desistimiento del Ministerio Público, su finalización anticipada sin sentencia judicial, o el adelantamiento de la finalización del procedimiento.

No puedo dejar de mencionar la intervención mediadora mediante «conciliación» como herramienta de trabajo en los centros de internamiento donde el menor infractor cumple la medida judicial impuesta en la sentencia de condena. El RLORRPM contempla dicha intervención mediante la articulación de dos posibilidades distintas: una vinculada a la «corrección educativa»<sup>689</sup>; y otra «corrección disciplinaria» vinculada al régimen disciplinario de los centros de reforma<sup>690</sup>. La primera, haciendo una interpretación extensiva del espíritu mediador tan propia de cualquier núcleo de convivencia en que pueden originarse con cierta facilidad conflictos interpersonales. La

---

LO 15/2003, de 15 de noviembre, cit.; Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, cit. en relación con el art. 25 de la LORRPM; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2007, de 23 de noviembre, cit. MINGO BASAÍL, M. L.: «Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular», en *Diario La Ley*, núm. 6099, Secc. Doctrina, Año XXV, Ref. D-197, Ed. La Ley, Madrid, 2004. Pág. 1 a 36.

<sup>688</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 4.6. MONTERO HERNANZ, T.: «La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 7655, Secc. Doctrina, Año XXXII, Ed. La Ley, Madrid, Junio\_2011. Pág. 1(5-8) a 15.

<sup>689</sup> Cfr. RLORRPM, cit. Art. 30.2.g): *Los incumplimientos de deberes podrán ser objeto de corrección educativa siempre que no tengan como fundamento la seguridad y el buen orden del centro.*

<sup>690</sup> Cfr. RLORRPM, cit. Art. 59.1; art. 60.5: *La conciliación con la persona ofendida, la restitución de los bienes, la reparación de los daños y la realización de actividades en beneficio de la colectividad del centro, voluntariamente asumidos por el menor, podrán ser valoradas por el órgano competente para el sobreseimiento del procedimiento disciplinario o para dejar sin efecto las sanciones disciplinarias impuestas.*

segunda, a la vez que regula la potestad disciplinaria, reconoce la importancia de que el menor reconozca la infracción cometida, a la vez que dota de relevancia la intervención educativa empleada para expresar al menor infractor el reproche que merece su conducta, permitiendo en su art. 67 una rebaja de la sanción a imponer<sup>691</sup>. Ambos tipos de correcciones son el resultado del distingo que hace el Consejo de Estado a su Dictamen de 23 de enero de 2003 en relación al Proyecto de Reglamento de la LORRPM<sup>692</sup>.

En consecuencia, resulta evidente la equiparación de los efectos de la conciliación como intervención mediadora, tanto en el marco del proceso penal como en la vida de los centros de reforma.

Debe reconocerse a la «Ley del Menor» el esfuerzo por ofrecer herramientas como las abordadas que ostentan un contenido educativo, cediendo el formalismo normativo en pro de las necesidades del menor. De cuya experiencia debería tomar buena nota el legislador en relación al Derecho penal de adultos, aprovechando la anunciada reforma de la LECrim, que no acaba de culminar.

## **15.2. La reparación del daño causado y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.**

Llegados a este punto del «proceso de mediación» entre menor infractor y víctima, nos encontramos en la parte más responsabilizante y resocializadora, en que el menor infractor, tras la petición de disculpas a la víctima, asume el compromiso de reparar el daño causado a la víctima, bien sea una víctima individualizada, bien la comunidad en su conjunto.

---

<sup>691</sup> Cfr. RLORRPM, cit. Art. 67.2: *Atendiendo a la escasa relevancia de la falta disciplinaria, a la evolución del interno en el cumplimiento de la medida, al reconocimiento por el menor de la comisión de la infracción y a la incidencia de la intervención educativa realizada para expresarle el reproche merecido por su conducta infractora, podrá imponerse al autor de una falta disciplinaria muy grave una sanción establecida para faltas disciplinarias graves y al autor de una falta disciplinaria grave una sanción prevista para las faltas disciplinarias leves*; MONTERO HERNANZ, T.: «La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», ob. cit. Pág. 10-11.

<sup>692</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO: Dictamen núm. 3421/2002, de 23 de enero de 2003. Disponible en Internet: [http://www.oijj.org/sites/default/files/documental\\_734\\_es.pdf](http://www.oijj.org/sites/default/files/documental_734_es.pdf). Pág. 1(20 a 23).

Resulta interesante destacar la dimensión del rol del Ministerio Fiscal como protector de la víctima, en concreto, de acciones para resarcirlas civilmente, subrayada en innumerables ocasiones por el Tribunal Constitucional, al declarar que la reparación de los daños causados por un hecho que podría ser constitutivo de infracción penal puede perfectamente calificarse de interés público. Y ello por entender que atiende a dos finalidades muy concretas: el restablecimiento de la situación fáctica alterada mediante el acto ilícito tipificado en el CP, así como tratarse de una forma de defensa de los derechos de los ciudadanos aunque con la configuración del ejercicio de la acción civil por el Fiscal de los art. 61 a 64 de la LORRPM<sup>693</sup>.

Su contenido es muy variado, en virtud –la inmensa mayoría de las veces- de la infracción penal cometida. Atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el menor se compromete –previo acuerdo con la víctima, cuando ésta es conocida- a restituírle un objeto equivalente (delitos o faltas contra la propiedad), realizar alguna actividad en beneficio de la víctima, abonar el importe de la reparación de los daños producidos como consecuencia de la infracción penal, etc.

En la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos, se declara el derecho de la víctima de un delito a obtener la restitución o reparación del daño causado: «los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos»<sup>694</sup>.

---

<sup>693</sup> Cfr. TRIBUNAL SUPREMO: STS 809/2007, de 11 de octubre de 2007, FJ 2: «Esta Sala viene a condensar en distintas resoluciones, destacando el Auto núm. 701, de 6 de mayo de 2004 que expresa lo siguiente: la reparación del daño por el delito (...) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad». Disponible en Internet: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). En el mismo sentido: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Auto núm. 275/2005 (Pleno), de 22 de junio de 2005.

<sup>694</sup> Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, cit. Punto 8.



En consecuencia, la parte nuclear de esta reparación estriba en que se permite a la víctima en concreto una reparación psicológica real y efectiva que ningún procedimiento judicial le puede dar, aún cuando lo específico de la reparación estriba fundamentalmente en que el acuerdo de reparación a que llegan infractor-víctima supone la asunción de un compromiso por parte del menor infractor con la víctima para realizar tareas en beneficio de ésta directamente, o en beneficio de la colectividad, siempre que la víctima se reconozca satisfecha de esa manera.

Si la víctima no es conocida, o no quiere participar en un «proceso de conciliación», el menor infractor asumirá igualmente el compromiso de reparar el daño causado a la comunidad mediante la realización de prestaciones en beneficio de la comunidad. En nuestro ordenamiento jurídico se aplica, fundamentalmente, como medida judicial acordada por el Juez de Menores en sentencia<sup>695</sup>. Para la determinación de la misma, que el Juez acordará de forma motivada, el órgano judicial atenderá de modo flexible a su imposición, teniendo en cuenta la edad, las circunstancias familiares y sociales del menor infractor, su personalidad y el superior interés del mismo. Fijará, igualmente, el plazo de duración de la prestación<sup>696</sup>.

Giménez-Salinas i Colomer ha señalado con acierto que «los jóvenes son un campo apropiado para poner en funcionamiento nuevas ideas, nuevos objetivos. Si con algún grupo de la población la sociedad puede sentirse más generosa, más solidaria, es con los jóvenes a quienes, sin lugar a dudas, quieren ofrecerles una oportunidad para cambiar. Por eso, las medidas alternativas se aplican preferentemente a los jóvenes. En esta dirección, destaca el fuerte empuje de la desjudicialización «diversión-mediación», como alternativa al sistema penal tradicional»<sup>697</sup>.

---

<sup>695</sup> LORRPM, cit. Art. 7.1: j) *prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.*

<sup>696</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 7.3, en concordancia con: EM.15; RLORRPM, cit. Art. 10.1.3ª, 4ª y 6ª.e), 13.2.b), 14 y 20; Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE núm. 162, de 7 de julio). Art. 22 y 23.

<sup>697</sup> Vid. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita», ob. cit. Pág. 28. De gran interés: SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 45, Madrid, 1997.

## 16. La obligación de responder civilmente *ex delicto*, didáctica de la responsabilidad por los actos cometidos por el menor infractor.

No cabe duda que la obligación de responder por los daños causados como consecuencia de la comisión de un ilícito penal es, sin duda, un buen instrumento de política criminal, no sólo como un elemento de reparación a la víctima, o por el efecto de aplicar un sustitutivo de la medida judicial que se imponga al infractor en condena, sino también porque no hay mejor escarmiento para el menor que tener que comprobar cómo su actuar ilícito supone una desventaja en el patrimonio de sus representantes legales, máxime cuando los padres del menor infractor no han favorecido su conducta ilícita<sup>698</sup>.

Desde una perspectiva teórica, es doctrina más que consolidada que referirse a la responsabilidad civil *ex delicto* implica reconocer, no tanto una responsabilidad *strictu sensu* sino una obligación de responder de los daños y perjuicios causados a un tercero por los actos ilícitos realizados, bien personalmente o por otra persona de quien se asuma su representación legal. Es decir: por un lado, para el infractor conlleva la obligación de indemnizar por los daños causados consecuencia del acto ilícito cometido; por otro lado, el reconocimiento de un derecho subjetivo de la víctima a ser resarcida como consecuencia de la victimización por el acto ilícito sufrido, frente al infractor o sus representantes legales. Dicho lo cual, la «responsabilidad civil *ex delicto*» ha de entenderse como una «obligación de indemnizar», y no tanto una «responsabilidad», pues antes de producirse el daño entre infractor y víctima no existe relación obligatoria alguna<sup>699</sup>.

---

Pág. 183-202; ROXIN, C.: «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid, 1991. Pág. 19-30.

<sup>698</sup> LORRPM, cit. Art. 61.3, 62 y 64; Circular 1/2007, cit; CP de 1995, cit. Art. 109 a 142; CC, cit. Art. 1903 y 1964; ATC (Pleno), de 22 de junio de 2005.

<sup>699</sup> Cfr. TORO PEÑA, J. A.: «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000». GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Cap. IX, Consejo General del Poder Judicial, núm. 9, Madrid, 2000. Pág. 301(306-310) a 344. El autor hace una síntesis magistral de la doctrina más reciente sobre la naturaleza de la responsabilidad civil. En el mismo sentido: SANTA CECILIA GARCÍA, F.: «Daños patrimoniales imprudentes en el Código Penal de 1995». OCTAVIO DE TOLEDO URBIETO, E. (Coord.): *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; «La responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto del Código Penal de 1992», en *Derecho Penal y Política Criminal*, EDERSA, Madrid, 1992.

Así lo establece expresamente nuestro ordenamiento jurídico español<sup>700</sup>; y la normativa europea e internacional, necesario punto de partida para individualizar todas las cuestiones que aparecen en la LORRPM<sup>701</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, la obligación de indemnizar a consecuencia de la comisión del ilícito penal está prevista en el art. 109 del CP: «La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». Tiene su correspondencia con el art. 1092 del CC: «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». Y ello en relación con lo dispuesto en el art. 100 de la LECrim: «de todo delito o falta nace acción penal, para el castigo del culpable, y puede nacer acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible». Lo que significa que de todos los delitos o faltas puede derivarse una obligación de indemnizar tal y como se concibe en nuestro ordenamiento jurídico español la responsabilidad civil contractual, siempre que del mismo se derive la producción de un daño. En el CP, la responsabilidad civil se regula en el Cap. I del Tít. V<sup>702</sup>. Los presupuestos de dicha responsabilidad civil son los mismos que los de la obligación nacida del acto ilícito: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y

---

<sup>700</sup> CC, cit. Art. 1902 en relación con art. 1102, 1103 y 1104; CP de 1995, cit. Art. 109 a 115; LECrim, cit. Art. 100 y ss. Se dan todos los elementos necesarios de una obligación (acreedor, deudor y prestación). En cuanto al acreedor: CP de 1995, cit. Art. 113: *La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros*. En cuanto al deudor: CP de 1995, cit. Art. 116; art. 117; art. 118; art. 119; art. 120; y art. 121. En cuanto al elemento objetivo de la obligación o prestación: CP de 1995, cit. Art. 110: *La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1º La restitución. 2º La reparación del daño. 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales*.

<sup>701</sup> En concreto: CONSEJO DE EUROPA: Resolución (77) 27, de 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito. Disponible en Internet: <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi10.htm>; Convenio Europeo nº 116 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de 24 de noviembre de 1983. Firmado y ratificado por España el 20 de octubre de 2001 (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2001); Recomendación R(85) 11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>; Recomendación R(87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, cit.; Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, cit. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, cit. Punto 8.

<sup>702</sup> CP de 1995, cit. Art. 109 a 115; 116 a 122, de las personas civilmente responsables.

morales<sup>703</sup>. A ella se refiere la LORRPM en los art. 61 a 64 de dicho cuerpo legal, siendo competente para resolver el Juez de menores «sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente ley»<sup>704</sup>.

Desde la perspectiva procesal, a diferencia del sistema jurídico anglosajón, en España se establece el ejercicio conjunto de acciones penales y civiles dentro del mismo procedimiento penal<sup>705</sup>. Inicialmente, la «ley del menor» preveía el ejercicio conjunto de acciones en el mismo Juzgado de menores que hubiera entendido del Expediente de Reforma, y dentro del mes a haberse dictado sentencia condenatoria firme, vinculando al orden civil en cuanto a los hechos declarados probados. Con la modificación de LO 15/2003, de 15 de noviembre, ya se ventila la responsabilidad civil siguiendo el mismo sistema que el previsto para la persona adulta en la LECrim.

La especialidad de la obligación de indemnizar en la jurisdicción de menores surge de la falta de capacidad de obrar del menor infractor a efectos de la mayoría de edad, y en consecuencia deberá responder el representante legal del menor infractor por aplicación del art. 1903 del CC, sobre la base del valor vinculante de los hechos probados que el Juzgado de menores haya declarado en sentencia, siempre que aparezca fijado con precisión las circunstancias esenciales del hecho que sirven de base a la pretensión civil.

En este sentido, especial cuidado deben tener los operadores jurídicos para que, una vez puesta en marcha la maquinaria judicial en el ámbito judicial juvenil, la «intervención oficial se guíe por la justicia y la equidad, y cuya finalidad primordial sea velar por el interés general del menor infractor»<sup>706</sup>. Quiere esto decir que no se debe judicializar al menor en espera del ejercicio de la acción civil. Para lo cual «debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus

---

<sup>703</sup> Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «Los presupuestos de la obligación nacida del acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual», en *Revista Actualidad civil*, núm. 1, Ed. La Ley, Madrid, 1987. Pág. 1(3-4) a 19.

<sup>704</sup> LORRPM, cit. Art. 2.2.

<sup>705</sup> CP de 1995, cit. Art. 109: *La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.*

<sup>706</sup> «Directrices de Riad», cit. Directriz 5.c).

derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles»<sup>707</sup>.

**17. El juez mediador y la función pacificadora del Derecho<sup>708</sup>. La Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre la mediación en el ámbito penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.**

A pesar de todo lo visto en el presente Cap., la «mediación» no es un concepto pacífico en la doctrina en cuanto a su contorno jurídico-procesal. Ya el Marqués de Beccaria manifestaba que un hombre no puede ser considerado culpable antes de la sentencia de un juez. Ante la ley es inocente hasta que el delito se haya probado, al menos con prueba suficiente como para desvirtuar su inocencia, y ello aunque se haya declarado confeso. Hay quienes advierten que el reparo de mayor firmeza hacia el «proceso de mediación» se fundamenta en la eventual afectación de los derechos fundamentales de la víctima. En no pocas ocasiones, la dinámica de control y la situación de desigualdad en que se encuentran infractor y víctima, impiden a ésta última poder «negociar» con autonomía con su ofensor.

Sin embargo, a pesar de que las distintas corrientes doctrinales se centran en las figuras del infractor y la víctima, apenas nadie ha reparado en la figura del juez como parte esencial del «proceso de mediación». A esta tesis apunta, sin duda, la Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre la mediación en el ámbito penal, del Comité del Consejo de Europa a que ya me he referido, pues valora la necesidad de posibilitar una participación personal activa, tanto en el procedimiento penal como vía extrajudicial, de la víctima, del delincuente y de todos aquellos implicados como partes, así como de la comunidad<sup>709</sup>.

---

<sup>707</sup> «Directrices de Riad», cit. Directriz 57.

<sup>708</sup> Cfr. VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Justicia reparadora y Derecho penal juvenil. El Juez mediador y la función pacificadora del Derecho». MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Abstract, Formato Póster, X Congreso Español de Criminología, Universidad de Granada – Sociedad Española de Investigación Criminológica, Granada, 7 a 9 de mayo de 2014.

<sup>709</sup> Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, cit. *Considering the need to enhance active personal participation in criminal proceedings of the victim and the offender and others who may be affected as parties as well as the involvement of the community;*

La Recomendación mantiene que los Estados miembros deben tender cada vez más a recurrir a la «mediación penal» como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o alternativa al procedimiento penal tradicional<sup>710</sup>. Este reconocimiento del Consejo de Europa interpela a replantearse esa concepción del juez comunicador, mediador universal, que se humaniza con el legislador, que escucha con atención lo social, y adecúa la ley al caso concreto; que integra la opinión de la doctrina y la tendencia de la jurisprudencia innovadora. Anima a caer en la cuenta de que el juez no es un mero aplicador de las leyes, por lo que debiera tomar contacto con las partes directamente, intentar conciliarlas y, si finalmente debe sentenciar, deberá hacerlo sin olvido de los aspectos humanos y la trascendencia social que pudiere tener el fallo<sup>711</sup>. Al fin y al cabo, del juez se espera que actúe como garante no sólo de la justicia sino también de la paz social.

Esta concepción de Juez mediador, conceptualización aún no incluida en nuestro ordenamiento jurídico, conllevaría todo un cambio en la manera de entender el Derecho, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal, que se iniciaría superando los dos modelos de Juez tradicionales: un primer modelo, la del juez como servidor de la ley, pragmático, mero espectador pasivo del conflicto suscitado entre las partes, quien para hacer respetar la ley se mueve en dos direcciones: la que asciende para verificar la validez de la norma jurídica contenida en las Constituciones y los Códigos, y la que desciende para aplicarla. Supone el reconocimiento del Estado de Derecho. El problema surge cuando la norma jurídica positivada queda obsoleta, ante la vertiginosidad cambiante del tiempo y el futuro. Un segundo modelo, la del juez que minimiza al legislador, que da una mayor consistencia a la singularidad del caso, desplazando la abstracción y la generalidad de la norma, al dogmatismo. Lo que hace el Derecho es la decisión del juez para el caso concreto, sin abandonar su posición independiente y neutral en el proceso. Supone la llegada del Estado Social de Derecho.

---

<sup>710</sup> Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, cit. *Noting the developments in member States in the use of mediation in penal matters as a flexible, comprehensive, problem-solving, participatory option complementary or alternative to traditional criminal proceedings.*

<sup>711</sup> Cfr. OST, F.: «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez». LIFANTE VIDAL, I. (Trad.), en *Revista DOXA*, núm. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 14, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Alicante, Alicante, 1993. Disponible en Internet: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf). Pag. 169-194.

La justicia reparadora o restaurativa no es más que un intento de superación de los dos modelos anteriores, con el fin de relativizar las posiciones extremas, y conceder un mayor protagonismo al juez, para que actúe como garante no sólo de la justicia sino también de la paz social. En definitiva, que el juez se sienta comprometido con las consecuencias que se sigan de su interpretación facilitadora del Derecho.

Se trata de poner el acento en la función pacificadora del Derecho. No puede olvidarse que el Derecho no sólo sirve para brindar la posibilidad a las partes de resolver el conflicto poniendo en marcha la maquinaria judicial, pues la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE exige también la obtención de una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin al conflicto entre infractor y víctima. Por lo que el juez también participa de esa función pacificadora, en la medida en que acentúe su compromiso como mediador entre las partes.

No es baladí la propuesta a que el Poder Judicial asuma como necesario capacitar a sus Jueces en las habilidades de la mediación. Al fin y al cabo, la función judicial estriba en poner fin a los conflictos que se verifican entre los ciudadanos, y la conciliación, como parte de la mediación, es una forma para lograrlo mucho más positiva y beneficiosa para infractor y víctima que el sometimiento a un proceso judicial. En el ámbito penal, deberían acentuarse las posibilidades de evitar los litigios mediante un proceso de mediación prejudicial, como sucede ya en el ámbito laboral, o poner fin al mismo en etapa temprana por la vía de la conciliación, como en el ámbito del proceso civil en la audiencia previa al juicio. Al fin y al cabo, la idea de litigio reposa en la idea de la fuerza.

La Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre, reconoce que la mediación puede contribuir a la solución de conflictos y a una justicia penal con resultados más constructivos<sup>712</sup>. Pensemos que la propia evolución histórica de las medidas de solución de conflictos, que comenzó con la Ley del Talió permitiendo la justicia por propia mano pero limitada la venganza al daño efectivamente causado, derivó en un contrato social entre Estado y ciudadanos: éstos renunciaban a la justicia por propia mano, a

---

<sup>712</sup> Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, cit. *Recognising that mediation may increase awareness of the important role of the individual and the community in preventing and handling crime and resolving its associated conflicts, thus encouraging more constructive and less repressive criminal justice outcomes;*

cambio de la solución estatal a través del juez. Ahora bien, la solución que no es acatada voluntariamente, el Estado se compromete a hacerla cumplir por la fuerza. Si bien, con las formas alternativas de solución de conflictos llega la posibilidad de que las partes alcancen voluntariamente un acuerdo que se imponen ellas mismas.

Por todo ello, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que inspiren su legislación y práctica internas en los principios de la Recomendación para ponerlos en marcha progresivamente y dar a este texto la más amplia difusión posible<sup>713</sup>.

La Decisión Marco establece en su art. 10 que «1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales»<sup>714</sup>.

Por lo tanto, no se trata solo de impulsar la utilización de esta medida sino también de que los Estados aseguren su eficacia dentro del proceso, sin que las consecuencias de un acuerdo suponga la finalización de éste. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco<sup>715</sup>.

No obstante, el desarrollo de este tipo de «mediación» por los Estados comunitarios es muy desigual, y la justicia criminal se muestra muy reticente a estas «alternativas» de solución de conflictos criminales. Aunque existe un amplio consenso de los países europeos en aceptar que un «proceso de mediación» sea una solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutro. Si bien, al estar poco institucionalizada y, en todo caso, recogida de forma muy sucinta en algunas leyes, la «mediación» se ha ido implantando de forma irregular en los distintos países europeos.

---

<sup>713</sup> Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, cit. VI, 34.

<sup>714</sup> Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, cit. Art. 10.

<sup>715</sup> Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, cit. Art. 17.



En España, el esfuerzo por impulsar la «mediación» intrajudicial ha chocado frontalmente con cuestiones de índole estructural. Circunstancias como la vigencia de una Ley de Enjuiciamiento Criminal datada de finales del siglo XIX, la cultura jurídica de litigiosidad, falta de reglamentación no sólo de la figura del mediador sino también a nivel de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia, etc., pone en jaque muchas de las expectativas depositadas en este método eficaz de resolución de conflictos, dado que nuestro sistema de justicia penal ofrece posibilidades muy limitadas de incorporación que frustran muchas de las potencialidades de la «mediación».

**EL NUEVO CONTEXTO SOCIAL DE LA DELINCUENCIA JUVENIL  
EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI  
COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

**VI. INTERÉS CRIMINOLÓGICO Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LA  
ADOLESCENCIA ANTE LAS TICs<sup>716</sup>.**

**18. Redefinición de la sociedad moderna: la «aldea global» y «el universo digital». La influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en el menor de edad.**

Dado que la realidad social se erige en criterio interpretativo de las normas jurídicas *ex art. 3.1 del CC*, junto con el sentido propio de sus palabras, el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, la incursión de las TICs en la vida del menor ha de llevar a replantearnos, tomando la expresión acuñada por el Prof. García-Pablos de Molina, si el riesgo de victimización, tradicionalmente igual y homogéneo para cualquier menor en virtud de la edad –factor que modula su especial vulnerabilidad-, debe comenzar a entenderse como un riesgo selectivo y diferencial según la concurrencia de diversos factores de tipo personal, social y situacional, ante el impacto de las TICs en su desarrollo personal y madurativo. Cada vez son más numerosos los factores de riesgo asociados a las nuevas formas de violencia surgidas a través de las TICs, de las que en no pocas ocasiones es protagonista el menor de edad.

Y es que los avances tecnológicos plantean ya serios retos al Derecho tradicional, hasta el punto de que ya se ha generalizado en la doctrina penal la denominación de derechos y libertades de «tercera generación», entendiéndose como tales los derechos y libertades del individuo que superan el concepto clásico de

---

<sup>716</sup> Cfr. VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», en *Estudios e Investigaciones 2010*, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Ed. Asamblea de Madrid, Madrid, Diciembre\_2011 (ISBN: 978-84-695-3762-6). Pág. 109 a 223.

libertades individuales y derechos sociales<sup>717</sup>. En definitiva, estamos ante una actualización de los derechos y bienes de la personalidad para hacer frente a las necesidades, erosiones y contaminación de las libertades en la sociedad tecnológica (*liberties pollution*)<sup>718</sup>.

El Tribunal Constitucional ha «considerado la «libertad informática» como un derecho fundamental autónomo, por su relación con otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y libertad de las personas; y más cualificado –si cabe hablar así– respecto del derecho a la intimidad genérico»<sup>719</sup>. Y ello en desarrollo del art. 18.4 de la CE, por su conexión con la libertad de las personas<sup>720</sup>.

Hoy en día, a las variables tradicionales que influyen en el desarrollo del menor infractor, como la edad o los patrones de identificación de su personalidad en tránsito

---

<sup>717</sup> Un sector de la doctrina considera que los derechos y libertades bajo el prisma de la sociedad tecnológica son más bien derechos de «cuarta generación», explicando la evolución de los derechos humanos: de primera generación los derechos liberales, de segunda generación los derechos sociales, de tercera generación los derechos solidarios, y de cuarta generación los derechos en la sociedad tecnológica, en atención a los retos de la tecnociencia y la bioética que ellos plantean. Cfr. BUSTAMANTE DONAS, J.: «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repasando la condición humana en la sociedad tecnológica», en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, núm. 1, Septiembre-Diciembre\_2001. Disponible en Internet: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>.

<sup>718</sup> Cfr. MATA MARTÍN, R. M.: «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», en *Revista Penal*, núm. 18, Madrid, 2006. Pág. 217 a 235; RUEDA MARTÍN, M. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004. Pág. 33.

<sup>719</sup> Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC núm. 292/2000 (Pleno), de 30 de noviembre [RTC 2000/292]. El Alto Tribunal señala en su FJ 6º: «El derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona una capacidad de control sobre sus datos personales»; SSTC núm. 115/2000, de 10 de mayo [RTC 2000/115], 144/1999, de 22 de julio [RTC 1999/144], 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999/134]; 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991/197], FJ 3º; 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988/231], FJ 3º; 89/1987, de 3 de junio [RTC 1987/89], FJ 3º; 110/1984, de 26 de noviembre [RTC 1984/110], FJ 3º; 73/1982, de 2 de diciembre [RTC 1982/73], FJ 5º. Cfr. VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar vinculado a la utilización de las TICs por el menor de edad». LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.), Abstract, Congreso Internacional sobre Constitución y Derecho de familia, IDADFE, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Comité Científico Investigador, Madrid, 25 a 27 de septiembre de 2013. Disponible en Internet: <http://www.canal.uned.es/mmobj/index/id/15153>. Pág. 132 y 133.

<sup>720</sup> Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC núm. 254/1993, de 20 de julio [RTC 1993/254], FJ 6º. En el mismo sentido: STC núm. 143/1994, de 9 de mayo [RTC 1994/143], FJ 7º. Antecedente directo en el Derecho Comparado: el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1983. Declaró el derecho a la autodeterminación informativa en el sentido del reconocimiento del nuevo ámbito de la intimidad de las personas y de las necesidades complementarias para el titular de los datos. Cfr. ROMEO CASABONA, C. M.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. Pág. 696.

hacia la etapa adulta, resulta obligado añadir el fuerte impacto que en él ejercen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, a las que de ahora en adelante me referiré como TICs<sup>721</sup>. Éstas han modificado sus procesos de interpretación del entorno, y de respuesta e interacción. Han revolucionado su forma de trabajar y de comunicarse, hasta representar «un nuevo estilo de entender e incorporarse a la sociedad y una fuente de oportunidades que describen nuevas pautas de relación, ocio, consumo, formación y empleo; y lo que es más importante, de acceso al conocimiento»<sup>722</sup>. Por ello, al tratarse de menores de edad, «surgen preguntas y preocupaciones sobre cómo esta interactividad y este acceso global pueden influir en los procesos de maduración y desarrollo de niños y adolescentes»<sup>723</sup>.

---

<sup>721</sup> El medio tecnológico más antiguo en el tiempo es la televisión. Las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación –telefonía móvil, videojuegos o la unión de un *lap top* u ordenador personal y las comunicaciones del tipo que sean más allá de los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio y televisión)- han supuesto una auténtica revolución sin precedentes en la historia de la Humanidad en las formas de comunicarse a comienzos de los años 90. Internet –Red de redes, también denominada *World Wide Web*- ha pasado de ser un instrumento especializado de la comunidad científica a ser una red de fácil acceso y uso que ha modificado las pautas de interacción social. El término TICs se dilata, pues se emplea para designar todo lo que guarda relación con la informática conectada a Internet, y especialmente el aspecto social de éste. «Así como la revolución industrial supuso un cambio profundo en la sociedad, por las novedades introducidas en el ciclo productivo y en la vida de los trabajadores, la amplia transformación en el campo de las comunicaciones dirige las grandes mutaciones culturales y sociales de hoy. Las nuevas tecnologías no modifican sólo el modo de comunicar, sino la comunicación en sí misma, por lo que se puede afirmar que nos encontramos ante una vasta transformación cultural. Junto a ese modo de difundir información y conocimientos, nace un nuevo modo de aprender y de pensar, así como nuevas oportunidades para establecer relaciones y construir lazos de unión. (...) Las nuevas tecnologías permiten a las personas encontrarse más allá de las fronteras del espacio y de las propias culturas, inaugurando así un mundo nuevo de amistades potenciales. Ésta es una gran oportunidad, pero supone también prestar una mayor atención y una toma de conciencia sobre los posibles riesgos. (...) El contacto virtual no puede y no debe sustituir el contacto humano directo, en todos los aspectos de nuestra vida». Vid. BENEDICTO XVI: *Mensaje para la XLV Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales*, Ciudad del Vaticano, Roma, Junio\_2011. Pág. (1-2) a 4. Las TICs designan a la vez un conjunto de innovaciones tecnológicas pero también las herramientas que permiten una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad; son herramientas y materiales de construcción que facilitan el aprendizaje, el desarrollo de habilidades y distintas formas de aprender, otros estilos y ritmos en la comunicación. Si bien, por su creciente multimedialidad y gran variedad de funciones, pueden comportar un riesgo por un uso dictado por la mera exigencia de hacerse presentes, y considerar *Internet* sola y erróneamente como un espacio que deba ocuparse.

<sup>722</sup> Vid. RUBIO GIL, A.; MENOR SENDRA, J. J.; MESA OLEA, M. J.; MESA OLEA, B.: *Adolescentes y jóvenes en la Red: Factores de oportunidad*, Ministerio de Igualdad, INJUVE, Madrid, Marzo\_2010. Pág. 1(5) a 103.

<sup>723</sup> Vid. BRINGUÉ SALA, X.; SÁDABA CHALEZQUER, R.: *La Generación Interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, Colección Fundación Telefónica, Ed. Ariel, Madrid, 2009. Pág. 1(41) a 353. Los autores han realizado otro estudio más específico de menores y adolescentes en la Comunidad de Madrid, más interesante para este trabajo pues el trabajo de campo realizado se centra únicamente en el menor infractor madrileño. Cfr. BRINGUÉ SALA, X.; SÁDABA CHALEZQUER, R.: *La Generación Interactiva en Madrid. Niños y adolescentes ante las pantallas*, Colección Generaciones Interactivas – Fundación Telefónica, Madrid, 2011. Pág. 1 a 260.

Estamos ante una *generación interactiva* -*generación 2.0* o *generación @*<sup>724</sup>- todo un fenómeno social, cultural e histórico, que ha nacido en un contexto tecnológicamente muy avanzado, lo que ha contribuido a su familiaridad con el entorno *digital*, a diferencia del mundo adulto<sup>725</sup>. Los adultos usamos *Internet*, los menores viven en *Internet*: son *nativos digitales*<sup>726</sup>, con gustos y preferencias globalizadas, se comportan igual que en el mundo real –con matices que más adelante se abordan-, pero en tantas ocasiones sin vigilancia ni restricciones. Se trata de una generación autónoma y autodidacta, movilizada, multitarea, creativa y precoz en el uso de dispositivos electrónicos portátiles (PEDs) y el acceso a las TICs, que aprovecha al máximo las pantallas para comunicarse, conocer, compartir, divertirse y, en menor medida, para consumir<sup>727</sup>.

El esquema cognitivo del menor de edad ha cambiado considerablemente en tan sólo una década: crece, se comunica, vive en un entorno equipado de medios tecnológicos y *conectado* a las TICs las veinticuatro horas del día, proliferando así los llamados *ciberhogares*, en cuyo interior existen auténticas «repúblicas independientes» –el dormitorio del menor-, verdaderos centros de tecnología, provistos de la más alta gama tecnológica: televisión, telefonía móvil –todo un símbolo de su generación-, un

---

<sup>724</sup> Términos acuñados por: *generación interactiva* o *generación 2.0* (Bringué y Sádaba), *generación @* (Rubio). Cfr. SÁDABA CHALEZQUER, R.; BRINGUÉ SALA, X.: «Adolescentes españoles ante las pantallas: rasgos configuradores de una generación interactiva», en *Revista Participación Educativa*, núm. 15, Consejo Escolar del Estado, Ed. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, Noviembre\_2010. Disponible en Internet: <http://www.mecd.gob.es/revista-cee/pdf/n15-sadaba-chalezquer.pdf>. Pág. 86 a 104; RUBIO GIL, A.; MENOR SENDRA, J. J.; MESA OLEA, M. J.; MESA OLEA, B.: *Adolescentes y jóvenes en la Red: Factores de oportunidad*, Ministerio de Igualdad, INJUVE, Madrid, Marzo\_2010. Pág. 5.

<sup>725</sup> Los menores y adolescentes del siglo XXI «forman parte de la *generación interactiva* caracterizada porque a la alta posesión de pantallas y tecnologías digitales le han añadido nuevas maneras de relacionarse entre los seres humanos gracias a ellas. Utilizan e incluso dominan los medios de producción digital: cámaras de foto y vídeo, programas para el tratamiento fotográfico, la edición de vídeo o la creación de páginas web. Es decir, no son sólo consumidores *digitales*, como muchos adultos, sino que también producen. Y sus producciones acaban en *Internet* para el consumo de otros *internautas*: sus amigos en la red social, sus vídeos en *Youtube*, o sus fotos en *Flickr*, etc. Son tales circunstancias las que hacen que se les denomine *generación digital 2.0*, pues se han apropiado mayoritariamente de los servicios y posibilidades de la web 2.0 (escriben *blogs*, publican en *Youtube*, se relacionan en las redes sociales, etc.». Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, F.: *Las redes sociales en la vida de tus hij@s*, ob. cit. Pág. 42.

<sup>726</sup> Término acuñado por el Prof. Marc Prensky (2001), quien se refiere al *nativo digital* como aquella persona que ha nacido rodeada de las nuevas tecnologías y que, desde los primeros años de su vida, está habituado a utilizarlas. Cfr. PRENSKY, M.: «Digital Natives, Digital Immigrants», en *On the Horizon*, NCB University Press, vol. 9, núm. 6, Lincoln, October\_2001. Pág. 1(2) a 6. Cfr. Del mismo autor: «Do They Really Think Differently», en *On the Horizon*, NCB University Press, vol. 9, núm. 5, Lincoln, December\_2001. Pág. 1 a 9.

<sup>727</sup> Vid. BRINGUÉ SALA, X.; SÁDABA CHALEZQUER, R.: *Informe La Generación Interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, ob. cit. Pág. 319-321.

*lap top* con conexión a *Internet* las veinticuatro horas del día, *videoconsolas*, etc. Mientras está en casa su vida se expande a través de la tecnología, pues la *Red* simboliza ya una forma de estar y enfrentarse al mundo. Los padres del menor son *inmigrantes digitales*<sup>728</sup> que han vivido el tránsito de la telefonía fija a la telefonía móvil, hasta han escrito en una máquina de escribir suplantada por el ordenador portátil, con conexión ADSL a *Internet* rápida y fácil: basta un simple clic con el dedo de una mano para entrar en milésimas de segundo a todo un *universo digital*, lleno de contenidos, color, movimiento y sonido.

La influencia que las TICs ejercen sobre el desarrollo del menor de edad es muy alta, hasta el punto de que los más jóvenes han integrado *Internet* en su vida mucho más allá de las funciones meramente recreativas o de ocio. Han logrado una «apropiación simbólica de una realidad con la que identificarse y sentirse parte del grupo generacional, y de paso del mundo»<sup>729</sup>. Ello implica que también la Red les afecte en posibles conductas de riesgo, sin que ello suponga mantener que *Internet* sea una rémora para el desarrollo de la juventud, pues nadie duda que encierra toda una fuente de oportunidades. Riesgos y oportunidades son dos realidades estrechamente relacionadas entre sí, pues en función del uso que se haga de la tecnología, la oportunidad puede convertirse en riesgo, y viceversa<sup>730</sup>.

Los estudios empíricos más recientes<sup>731</sup> reflejan que a la *televisión* se le atribuye una responsabilidad directa en la promoción del consumo de tabaco y alcohol, la

---

<sup>728</sup> Término acuñado por el Prof. Marc Prensky (2001), quien se refiere al *inmigrante digital* como aquella persona que no ha crecido con el uso de las tecnologías y que, por diversas razones, ha tenido que aprender a utilizarlas. Cfr. PRENSKY, M.: «Digital Natives, Digital Immigrants», en *On the Horizon*, NCB University Press, vol. 9, núm. 6, Lincoln, Octubre\_2001. Pág. 1(2) a 6. Cfr. Del mismo autor: «Do They Really Think Differently», en *On the Horizon*, NCB University Press, vol. 9, núm. 5, Lincoln, December\_2001. Pág. 1 a 9.

<sup>729</sup> Vid. RUBIO GIL, A.; MENOR SENDRA, J. J.; MESA OLEA, M. J.; MESA OLEA, B.: *Adolescentes y jóvenes en la Red: Factores de oportunidad*, Ministerio de Igualdad, INJUVE, Madrid, Marzo\_2010. Pág. 84.

<sup>730</sup> Riesgos y oportunidades que tienen un origen diverso, que podrían resumirse en una triple tipología: de contenido, de contacto y de conducta. Para una mayor información: Cfr. LIVINGSTONE, S.; HADDON, L.: *EU Kids Online. Opportunities and risks for children*, London School of Economics and Political Science, London, September\_2009. Pág. 1(10) a 296; *EU Kids Online: Final Report*, EC Safer Internet Plus Programme Deliverable, D6.5, London School of Economics and Political Science, London, 2009.

<sup>731</sup> Cfr. LIVINGSTONE, S.; HADDON, L.: *EU Kids Online I*, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2006-2009; *EU Kids Online II*, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2009-2011; *EU Kids Online III*, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2011-2014. Disponibles en Internet:

actividad sexual precoz y los roles de género muy estereotipados. Películas y videojuegos compiten por el primer puesto como instigadores de las conductas violentas en el menor de edad, y la imagen ideal del cuerpo femenino que difunden revistas para adolescentes y los *blogs* a los que acceden a través de *Internet* tendría mucha responsabilidad en los trastornos de alimentación y problemas de autoestima. Y es que, lo que caracteriza precisamente la etapa adolescente es el afán desmesurado por la búsqueda de la autoafirmación a través de la incorporación de los valores ambientales que van surgiendo, pues responde a una necesidad biológica de la condición humana formar la propia personalidad en una atmósfera de seguridad emocional<sup>732</sup>.

---

[www.eukidsonline.net](http://www.eukidsonline.net). La Comisión Europea, a través del Programa «Safer Internet», se propuso desarrollar acciones que lograran crear un entorno más seguro para el menor en la Red. Dentro de este programa, financió la creación de la red «EU Kids Online», coordinado por las Prof. Sonia Livingstone y Leslie Haddon desde la London School of Economics and Political Science, formado por más de 100 investigadores, procedentes de más de 33 países. Y ello como consecuencia de la detección de riesgos *on line* (exposición a contenidos inapropiados, contactos no deseables (*grooming* o usurpación de identidad), realización de conductas inapropiadas por el propio menor (*bullying*). En dicha investigación España ha protagonizado un papel activo de suma importancia, liderada por la Universidad del País Vasco. El trabajo se ha dividido en dos fases ya concluidas: la primera, entre 2006 y 2009, y la segunda, entre 2009 y 2011; y una tercera, iniciada el 1 de noviembre de 2011 y que concluirá el 31 de octubre de 2014. Su objetivo central, en términos generales: la identificación y evaluación de hallazgos sobre el uso de las TICs por el menor de edad, la comparación en todos los países europeos, la detección de los riesgos *on line* entre los menores europeos, la identificación de los factores de riesgo en el menor de edad mediante el examen de factores de vulnerabilidad, el desarrollo de políticas públicas en pro de una mayor seguridad en el uso de *Internet*, y la efectividad de la regulación parental y las estrategias de sensibilización, así como la respuesta de los menores a los riesgos, incluyendo la «alfabetización digital». Cfr. Estudios realizados en España: RUBIO GIL, A.; MENOR SENDRA, J. J.; MESA OLEA, M. J.; MESA OLEA, B.: *Adolescentes y jóvenes en la Red: Factores de oportunidad*, ob. cit.; FUNDACIÓN PFIZER: *Informe sobre la Juventud y redes sociales en Internet*, Madrid, Septiembre\_2009. Pág. 1 a 240; BRINGUÉ SALA, X.; SÁDABA CHALEZQUER, R.: *Informe La Generación Interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, ob. cit. Pág. 19-20; CADILLA BAZ, M.; ALCOCEBA HERNANDO, J. A.: *Jóvenes y medios de comunicación en España: Base de Datos y Repertorio Bibliográficos*, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense, Madrid, Junio\_2007. Disponible en Internet: <http://www.injuve.es/sites/default/files/base%20de%20datos%20y%20repertorio%20bibliografico.pdf>. Pág. 1 a 147; OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: *Informe Infancia y Adolescencia en la Sociedad de la Información*, Ed. Red.es, Ministerio de Industria, Turismo e Industria, Madrid, Junio\_2005. Disponible en Internet: <http://www.ontsi.red.es/ontsi/es/estudios-informes/infancia-y-adolescencia-en-la-sociedad-de-la-informaci%C3%B3n-junio-2005>. Pág. 1 a 46; WYMAN, O.: *Libro Blanco de los contenidos digitales en España 2008*, Ed. Red.es, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, Enero\_2009. Disponible en Internet: <https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/1233569673805.pdf>. Pág. 1 a 172; INSTITUTO NACIONAL DE LA JUVENTUD: «Uso de TIC, ocio y tiempo libre», 2007. Disponible en Internet: <http://www.injuve.es/movilidad-y-ocio/publicaciones>; GARMENDIA LARRAÑAGA, M. S.; GARITAONANDIA GARNACHO, C.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, G.: «How young people use the Internet: habits, risks and paternal control», Working Paper, Congreso Internacional Fundacional, AE-IC, Ed. Asociación Española de Investigación y Comunicación, Santiago de Compostela, 2008. Disponible en Internet: <http://www.ehu.es/es/web/eukidsonline/txostenak>.

<sup>732</sup> Cfr. CERVERA NAVAS, L.: *Lo que hacen tus hijos en Internet*, Ed. Integral RBA Libros, Barcelona, 2009.

De ahí que debamos reconocer el enorme potencial que tienen las TICs que «si no se le presta la atención que merece, puede generar más desigualdades, agrandando la brecha digital en función del bagaje educativo y cultural que presentan los ciudadanos. En lo que se refiere a la infancia y adolescencia el reto es doble, por un lado garantizar su conocimiento y utilización como instrumento de aprendizaje y desarrollo, y por otro garantizar las condiciones en las que este uso tiene lugar, de forma que se respeten y protejan los derechos de la infancia»<sup>733</sup>.

### **19. Impacto de las TICs en el ámbito penal juvenil. Un botón de muestra.**

La eclosión constante de las nuevas tecnologías en la vida del menor hace que, en no pocas ocasiones, sean estas TICs el ámbito para protagonizar –bien como autor o como víctima- conductas típicas y antijurídicas tales como amenazas, fraudes, chantajes, acoso, difamación de sus propios contemporáneos, etc., cuya plataforma de comisión es la *Red* o a través de los *medios digitales*. Muchas veces el menor accede a *páginas web* o *foros y chats* con contenidos inadecuados –cuando no claramente delictivos- como la pornografía –infantil y de adultos-, la apología de la violencia, la xenofobia, la anorexia y bulimia, o –incluso- la inducción al suicidio. No menos importancia adquiere también la creación de identidades falsas que facilitan el anonimato del *internauta*, puerta de acceso –en ocasiones- a relaciones peligrosas como la que propicia el *child grooming* o ciberacoso de tipo sexual a menor de edad, las cuales, si no se cortan a tiempo con el interlocutor habitualmente anónimo, dar marcha atrás puede resultar demasiado tarde.

El primer caso de violencia juvenil asociado a los *medios digitales* fue el crimen perpetrado por «el asesino de la katana» (2000). Su autor, un menor de edad aparentemente normal, aficionado hasta la adicción a un *videojuego* –el *Final Fantasy VIII*, cuyo personaje *Squall* había llegado a asumir hasta parecerse incluso físicamente-, quien llevó la historia del *videojuego* a la realidad, hasta asesinar con una katana a sus padres y su única hermana en el mismo intervalo de tiempo. Habrá quienes piensen que una persona así no necesita el estímulo de ninguna pantalla para cometer un crimen en

---

<sup>733</sup> Vid. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia, cit. Pág. 17-18. Cfr. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia, cit. Pág. 19-20.



serie de estas características. Sin embargo, está empíricamente demostrado que los contenidos violentos de ciertas películas o *videojuegos* influyen en las personas de una forma más intensa de lo que pueda parecer, más aún si se trata de un adolescente<sup>734</sup>. Se supo que fue su propio padre –una de las víctimas- quien le compró el *videojuego*. Quizá debiéramos preguntarnos si el vendedor del *videojuego* advirtió a ese padre de la violencia del juego; si valdría la pena asegurar desde instancias comerciales los contenidos de los *videojuegos* y otros *medios digitales* de entretenimiento a los que tiene acceso libre el menor de edad; si a la cadena de producción y distribución del *videojuego* letal –desde su creador a la empresa que lo patenta, la que lo distribuye, la que lo vende- se les puede exigir responsabilidad solidaria de los daños con resultado de muerte –en el caso que nos ocupa- causados por el menor.

En el lector golpeará, sin duda, en la memoria el «caso de Marta del Castillo» (2009), un asesinato que ha conmocionado a toda España, pues a día de hoy sigue sin aparecer el cuerpo de la víctima<sup>735</sup>. Lo interesante para este estudio está en que

---

<sup>734</sup> En psicología evolutiva es un clásico el debate teórico acerca la consideración de la «adolescencia», bien como ese período de frecuentes conflictos familiares y de intensos problemas emocionales y conductuales, bien como una etapa de transición evolutiva tranquila y sin especiales dificultades. Pero lo que nadie discute es que durante ese proceso evolutivo es un ser vulnerable, aún cuando va disminuyendo en la medida en que su autonomía va aumentando de forma inversamente proporcional al ir atravesando las distintas etapas evolutivas. Cfr. NAVARRO COSTA, R.: «El menor ante el Derecho». SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.), *Los menores en protección*, Cap. I, Grupo difusión, Madrid, 2007. Pág. 20. En el mismo sentido: RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2000. Pág. 20 y ss. Lo que no cabe duda es que cuando nos referimos al «menor adolescente» no podemos perder de vista que se trata de un ser humano en constante evolución y «en formación», ya que su proceso de desarrollo hace que sus aptitudes naturales cambien con relativa rapidez. Cfr. SERRANO MOLINA, A.: *Los menores en el Derecho español*. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 2002. Pág. 42 y 43. Esta circunstancia les hace fácilmente influenciados y moldeables, a menudo influidos por sus propios deseos o satisfacciones del momento, sin prestar atención a sus necesidades presentes y futuras. Cfr. BLANCO CARRASCO, M.: «Normativa específica aplicable al menor». SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.): *Los menores en protección*, Cap. II, Ed. Grupo Difusión, 2007. Pág. 126. Como ya he expuesto en algún trabajo, el giro popular «edad del pavo» que caracteriza el síntoma más notable de la adolescencia, no es el más adecuado para describir el desorden de la conducta juvenil. Es más positivo, y también más realista, hablar de «edad de los riesgos», término acuñado por el Prof. Orive Riva, pues aparte de la revolución que opera en el menor esta etapa de su vida, la sociedad, en su frenética carrera hacia el progreso, coloca cada vez más espinos en su camino: droga, desestructuración familiar, mortalidad infantil, subempleo, promiscuidad sexual, patologías que emergen consecuencia del uso desmedido de las TICs –en muchas ocasiones, «su *niñera tecnológica*», aislamiento, etc. Período al que llega el menor cada vez con mayor precocidad. Cfr. ORIVE RIVA, P.: «Crisis de la adolescencia y su proyección criminológica». En: ESCUELA DE ASISTENTES SOCIALES: *El riesgo de la delincuencia juvenil en la sociedad actual*, EUNSA, Navarra, 1973. Pág. 19-60. Tomado de: VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», ob. cit. Pág. 138-139.

<sup>735</sup> El 24 de marzo de 2011 sale a la luz la S. Dictada por el Juzgado de Menores núm. 1 de Sevilla, condenando al único menor implicado –el Cuco- por un delito de encubrimiento, y quedando absuelto de los delitos de violación, asesinato y contra la integridad moral por no desvelar dónde está el cuerpo de la víctima, también menor de edad, imputación sobre la cual vertió el único adulto condenado por confeso.

mientras sus padres esperaban a que el cauce del río les devolviera el cadáver de su hija desaparecida, ella seguía viviendo en la *Red*. Sus padres no conocían a su hija adolescente cuando se encerraba en su habitación para *subir, bajar y etiquetar* fotos del presunto asesino con leyendas cariñosas a través de *Tuenti*, «la primera de la clase» de entre las *redes sociales* frecuentadas por los adolescentes españoles. En realidad, en ese hogar vivían los padres con sus tres hijas, y el huésped digital *Tuenti*. Se ha podido saber que Marta fue asesinada porque así lo confesó un tal Miguel, un chico con el que *chateaba* desde su *lap top* a través de *Tuenti*. Pero la Marta de la red social no era la hija que creían conocer sus padres y hermanas: una chica adolescente con camiseta rosa y la tripa descubierta, tumbada encima de su asesino. Tampoco podían creer que fuera su hija Marta la receptora de los mensajes que le enviaban quienes fueron juzgados como presuntos cómplices del asesinato: *Wapaaaaa ijaputi tas pa comerte*. Esa *red social* les había arrebatado el recuerdo de su hija. Como la mayoría de las menores de su edad, Marta representaba el perfil de esta *generación interactiva*, es decir, un menor de edad usuario de las TICs que, a través de *Internet*, genera y administra información, además de vínculos sociales.

En consecuencia, males e influencias muy dañinas con independencia de que constituyan, además, un ilícito penal, que tienen en *Internet* o a través de dispositivos móviles su plataforma de realización.

---

La S. ha sido muy criticada ante la opinión pública por dos cuestiones: a) la polémica instrucción llevada a cabo por el Ministerio Fiscal en el Expediente de Reforma, quien no solicitó la declaración en el acto de la vista del adulto condenado, limitándose a incorporar al Expediente testimonio de la declaración en fase de instrucción, habiéndose vulnerado el principio de contradicción del menor. Y b) la presunta inconstitucionalidad del art. 16.5 LORRPM, en virtud del cual se prevé el enjuiciamiento del interviniente menor de edad en un delito perpetrado en compañía de otros mayores de edad, y no por la LECrim. Por entender que se pueden dictar sentencias contradictorias. Sobre estos aspectos: cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. D.: *Derecho Penal de Menores*, ob. cit.; ALMAZÁN SERRANO, A.; IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: *Derecho Penal de Menores*, ob. cit.; MORA ALARCÓN, J. A.: *Derecho penal y procesal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002; CORDÓN MORENO, F.: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2002; MARTÍNEZ SERRANO, A.: «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000», ob. cit.; MARTÍN SÁNCHEZ, A.: *Justicia de menores: una justicia mayor*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

## 20. Determinantes sociales de la delincuencia juvenil *on line*.

Las pantallas que configuran los PEDs y que permiten el acceso a las TICs han conseguido atraer la atención de los más jóvenes por muchas razones: son medios para el entretenimiento, acicate para los adolescentes, deseosos de diversión y tiempo de ocio; son herramientas muy útiles para la socialización, necesidad básica en el menor adolescente; PEDs como el *teléfono móvil*, los *videojuegos* o las *redes sociales* son vías de desarrollo y contacto con sus iguales, grupo de referencia esencial para su vida; el escenario interactivo de la pantalla constituye un gran atractivo para el menor, que huye de la monotonía y el discurso único; el carácter personal de estas TICs, que usa el menor a su antojo como vía de expresión individual, ya que la etapa adolescente se caracteriza precisamente por la búsqueda de la propia identidad. Además, otras razones contextuales ajenas a la relación menor-tecnología: el esfuerzo de los padres por la adquisición de los PEDs, quienes, preocupados por la formación de sus hijos, posibilitan el acceso a tales dispositivos; la comunicación interpersonal propia de un mundo globalizado; la implantación de las TICs en el ámbito educativo; la presión que ejerce el mercado para formar parte de la Sociedad de la Información<sup>736</sup>.

Para entender el fenómeno social de la delincuencia juvenil *on line*, para que un fenómeno pueda ser definido como tal, han de concurrir las siguientes circunstancias: su incidencia masiva en la población, además de dolorosa y aflictiva; su persistencia espacio-temporal; la ausencia de consenso respecto a su etiología y técnicas de intervención en el mismo de forma eficaz; y conciencia social generalizada respecto a su negatividad<sup>737</sup>. Todos estos requisitos se dan, sin duda alguna, como expondré a lo largo del siguiente capítulo.

Tanto el punto de partida como de llegada se centra en el debate teórico acerca del concepto de «adolescencia» o «juventud». Es todo un clásico en psicología evolutiva, entendida como una «etapa en transición» hacia la adultez, que en muchas

---

<sup>736</sup> SÁDABA CHALEZQUER, R.; BRINGUÉ SALA, X.: «Adolescentes españoles ante las pantallas: rasgos configuradores de una generación interactiva», ob. cit. Pág. 87-88.

<sup>737</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 87-89. Del mismo autor: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 253 y 254. En el mismo sentido: cfr. JIMÉNEZ BURILLO, F.; CLEMENTE DÍAZ, M.: *Psicología social y sistema penal*, ob. cit. Pág. 19 y ss.

ocasiones va asociada a frecuentes conflictos familiares e intensos problemas emocionales y conductuales, o bien transcurre de forma tranquila y sin especiales dificultades<sup>738</sup>. Su evolución va sincronizada con la de la sociedad, pues es en su inicio cuando el menor penetra en el período de socialización y aprendizaje. De ahí el interés que para la Criminología suscita la delincuencia de menores y jóvenes, pues ésta «refleja los valores oficiales y subterráneos del mundo de los adultos. En buena medida los reinterpreta y traduce»<sup>739</sup>.

No podemos perder de vista que para abordar el fenómeno violento juvenil es preciso hacerlo desde una pluralidad coordinada de enfoques —«la interdisciplinariedad de la Criminología es en la actualidad un principio metodológico imprescindible»<sup>740</sup>—, aún cuando para el estudio de la delincuencia juvenil asociada a las TICs son de gran interés la orientación sociológica —predominante en la Criminología— y la psicología. Parece lógico, pues la adolescencia es la etapa de la vida propia de los intereses sociales, y su comportamiento «es el producto de su entorno social, en el cual vive, y de su propia elaboración personal»<sup>741</sup>.

---

<sup>738</sup> El concepto de «adolescencia» tiene su origen en la sociedad occidental, como consecuencia del impulso que supuso la Revolución Industrial a finales del siglo XIX, y la mayor tecnificación de los procesos de producción. No es, por tanto, un concepto teórico propiamente, sino una creación social. A partir de ahí, la «etapa adolescente» ha ido evolucionando en cuanto a sus características, según el momento histórico, siempre asociado a tres contextos de desenvolvimiento del menor: la familia, la dimensión social y el ocio. Cfr. VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», ob. cit. Pág. 145-147. Sobre la definición de la «adolescencia»: HALLENGTEAD, R.: *Definición de adolescencia. La educación de la sexualidad humana, individuo y sociedad*, Ed. Conapo, México, 2005. Sobre la definición de «juventud»: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *World Youth Report 2005. Young People Today and in 2015*, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publications, October, 2005. Disponible en Internet: <http://undesadspd.org/WorldYouthReport/2005.aspx>. Pág. 1(150) a 207.

<sup>739</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 254. Para una mejor comprensión de los principios de política-criminal: JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 22-30.

<sup>740</sup> Vid. ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: «Perspectivas criminológicas del fenómeno violento». RUIDIAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDESA, Madrid, 1998. Pág. (57) a 63. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 87-89. Del mismo autor: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 36-38; «Principales centros de interés de la investigación criminológica», ob. cit. Pág. 1279-1294; JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 50-52; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. Pág. 48-50.

<sup>741</sup> Vid. HAVIGHURST, R. S.; TABA, H.: *Carácter y personalidad del adolescente*, Ed. Marova, Madrid, 1972. Pág. 16.

Es doctrina más que consolidada que el menor adolescente es un ser vulnerable durante ese proceso evolutivo hacia la etapa adulta, aún cuando esa vulnerabilidad va disminuyendo en la medida en que su autonomía va aumentando de forma inversamente proporcional al ir atravesando las distintas etapas evolutivas<sup>742</sup>. Esta circunstancia hace del adolescente un individuo fácilmente influenciado y moldeable, a menudo influido por sus propios deseos o satisfacciones del momento, sin prestar atención a sus necesidades presentes y futuras<sup>743</sup>.

La mera observancia de la realidad constata que la etapa adolescente convierte al menor en presa fácil para el *enganche tecnológico*. Por un momento parémonos a pensar qué será del adolescente más vulnerable, que demanda afecto, que busca sus seguridades en el reconocimiento de su entorno, con baja autoestima ante los retos de la vida, que vive cada vez más en la realidad *virtual* por serle más gratificante que su entorno familiar. A golpe de *click* encuentra muchas veces nuevas sensaciones, sin necesidad de hábitos de orden y control, un refugio ante la huída del conflicto. ¿Y la influencia de sus compañeros de clase? Si todos llevan *smartphone*, si todos tienen su propio perfil en una red social, si la visita a las páginas de sexo es lo más usual para ellos, antes de experimentar la amargura de que quedar excluido del grupo de iguales, hará por hacer depender su identidad de las reglas del juego que impongan sus iguales.

La influencia de las TICs en el desarrollo psicoemocional del menor va a depender, en gran medida, del tiempo que pasa *conectado* y el efecto acumulativo de lo que ve. Cuando esta *generación 2.0* alcance la etapa adulta, la experiencia *on line* vivida será su experiencia más variada y activa. El *espacio digital* será su ambiente habitual, su mundo real. Aquí radica la gran premisa de que las oportunidades pueden tornarse en riesgos y viceversa: «que el mundo *virtual* se solape en sus vida y se termine por convertir en su único mundo real, con el agravante de que puedan pertenecer al colectivo de alto riesgo, desde el punto de vista psicoemocional»<sup>744</sup>.

---

<sup>742</sup> Cfr. NAVARRO COSTA, R.: «El menor ante el Derecho». SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.), *Los menores en protección*, Cap. I, Grupo difusión, Madrid, 2007. Pág. 20. En el mismo sentido: RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2000. Pág. 20 y ss.

<sup>743</sup> Cfr. BLANCO CARRASCO, M.: «Normativa específica aplicable al menor». En: SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.): *Los menores en protección*, Cap.II, Ed. Grupo Difusión, 2007. Pág. 126.

<sup>744</sup> Vid. CASTELLS CUIXART, P.: *Impacto en la juventud de las nuevas tecnologías*, Conferencia pronunciada en el V Congreso Internacional Educación y Sociedad, Granada, Noviembre&Diciembre\_2006. Pág. 1(4) a 16.

Los medios de comunicación y los nuevos PEDs que maneja el menor de forma constante muestran, muchas veces, modelos simbólicos como si fuesen reales. Esto influye muy negativamente en el adolescente, pues puede quedar fácilmente mermada su capacidad para diferenciar unos modelos simbólicos y dañinos de los verdaderamente reales. Es decir: puede llegar a confundir las meras aspiraciones en oportunidades, lo que es de capital importancia pues la violencia crece allí donde existe un desequilibrio entre aspiraciones y oportunidades. Si a ello le añadimos la precariedad económica familiar, la claudicación de los padres en el ejercicio de sus deberes como padres, el desmembramiento del tejido social, la tensión que provoca una sociedad competitiva como la nuestra acumuladora de bienes materiales, que, en su frenética carrera hacia el progreso, coloca cada vez más piedras de molino en el camino del adolescente, como la droga, la desestructuración familiar, la mortalidad infantil, el subempleo, la promiscuidad sexual, patologías que emergen consecuencia del uso desmedido de los PEDs, el aislamiento, etc<sup>745</sup>. De ahí que no nos puede extrañar que la alternativa del menor adolescente sea el individualismo precoz habitualmente conectado a la Red, o la integración en grupos o comunidades juveniles que no precisamente proporcionan patrones de identificación ciudadana, ni menos aún puntos de referencia coherentes con la dignidad humana. Lo que juega en detrimento de un sano proceso de socialización del adolescente, y en última instancia de la sociedad<sup>746</sup>.

Lo positivo de la adolescencia es que sólo es una «estación de tránsito», aunque ciertamente muy agitada en ocasiones, por la que se pasa, y se deja atrás<sup>747</sup>. Nadie duda

---

<sup>745</sup> Cfr. ORIVE RIVA, P.: «Crisis de la adolescencia y su proyección criminológica». En: ESCUELA DE ASISTENTES SOCIALES: *El riesgo de la delincuencia juvenil en la sociedad actual*, EUNSA, Navarra, 1973. Pág. 19-60. Tomado de: VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», ob. cit. Pág. 138-139.

<sup>746</sup> Cfr. SERRANO MOLINA, A.: *Los menores en el Derecho español*. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 2002. Pág. 42 y 43.

<sup>747</sup> Sobre las etapas evolutivas del ser humano: cfr. DE LUCAS COLLANTES, M.: «Psicología evolutiva», ob. cit. Pág. 127-139. La mera observancia de la realidad indica que en la etapa adolescente finaliza la enseñanza obligatoria, para iniciar los estudios superiores o su inserción en la vida laboral. Hay una clara implicación con la definición vocacional, que determinará su porvenir futuro. De ahí la importancia de esta etapa. No obstante, hay autores que se muestran contrarios a la consideración de la adolescencia como una «estación de tránsito», pues se preguntan si «en los albores del siglo XXI, ¿tiene sentido seguir hablando de la juventud como una etapa de transición? Y es que ese invento de hace un siglo empieza a no tener sentido cuando las etapas de transición se convierten en etapas intransitivas, cuando los jóvenes siguen en casa de sus padres pasados los 30, se incorporan al trabajo a ritmos discontinuos, están obligados a reciclarse toda la vida, retrasan la edad de la fecundidad e inventar nuevas culturas juveniles que empiezan a ser transgeneracionales. ¿Son los jóvenes quienes se infantilizan o los adultos quienes se juvenilizan? ¿Asistimos quizá al fin de la juventud? ¿O más bien a una

que la etapa adolescente se hace larga –más para los grupos primarios del entorno del menor adolescente- y compleja, precisamente porque en el menor se definen muchas cuestiones decisivas y fundamentales para alcanzar una vida adulta feliz. Hace falta paciencia, y coordinación entre los distintos grupos primarios en que se desenvuelve y desarrolla la vida del menor, para lograr comprender que todo lo que rodea al adolescente debe entenderse como un proceso de interacción entre aspectos biológicos y psicológicos del mismo, y su inserción exitosa en un contexto familiar, escolar, social, laboral, económico y, por qué no decirlo, también ético-espiritual sano y constructivo.

Ese espacio biológico, psicológico y social que debe tomarse muy en serio para encarar de forma adecuada la etapa adolescente, marca la línea divisoria entre un buen desarrollo juvenil que sale al paso de los riesgos, o sucumbe al hecho de que el comportamiento del menor que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad es parte del proceso de maduración y crecimiento del mismo, mirando hacia otro lado ante el esfuerzo que conlleva la intervención y el control social, para realizar una adecuada y efectiva actividad de prevención de la delincuencia juvenil<sup>748</sup>. Quiero precisar que «intervenir» no es «internar», y, en consecuencia, en muchos casos adolece de una carácter punitivo. Es más: soy partidaria de introducir nuevamente en el debate político si realmente es efectivo y eficaz el modelo de responsabilidad penal del menor actualmente vigente en España, o si por el contrario, debería superarse por un modelo de respuesta social del menor infractor de distinta naturaleza a la penal.

---

reconfiguración del curso de la vida a la que todos, jóvenes y adultos, deberemos adaptarnos?». Vid. FEIXA PÀMPOLS, C.: «Ser joven: hoy, ayer, mañana», en *Jóvenes y valores*, Publicaciones de la Obra Social de la Fundación La Caixa, Barcelona, 2006. Pág. 66 y 67.

<sup>748</sup> En cuanto a la influencia de orden físico, fisiológico y biológico: cfr. ORIVE RIVA, P.: ORIVE RIVA, P.: «Crisis de la adolescencia y su proyección criminológica», ob. cit. Pág. 20. Como complemento: AGUIRRE BAZTÁN, A.: *Psicología de la adolescencia*, Ed. Boixareu Universitaria, Barcelona, 1994. Pág. 117; VAN GENNEP, A.: *Les rites de pasajes*, Librairie Critique Emilie Naurry, París, 1909 (Versión castellana: *Los ritos de paso*, Ed. Taurus, Madrid, 1986); REMPLIN, H.: *Tratado de psicología evolutiva*, Ed. Labor, Barcelona, 1971. En cuanto a los datos sociológico y psicológico, como ha señalado la doctrina, «pueden servir, en todo caso, para explicar la elevación del vigente límite superior de la minoría de edad penal, aumentándolo desde dieciséis hasta dieciocho años, y desde dieciocho hasta veintiuno en determinados supuestos», como es el caso de la LORRPM. Vid. CARMONA SALGADO, C.: «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», ob. y loc. cit.

## 20.1. Defectuoso proceso de socialización del menor ante las TICs. Mal funcionamiento de los grupos primarios<sup>749</sup>.

Hoy en día la función socializadora de la familia y el colegio han sido, en cierto modo, suplantados por la influencia que las TICs ejercen en el menor de edad. No quiero decir con esto que las TICs hayan sustituido a la familia como proveedora fundamental de afectos, ni al colegio de conocimientos académicos. Pero ni una ni otro tienen fuerza suficiente para transmitir valores que faciliten la integración de los más jóvenes<sup>750</sup>.

---

<sup>749</sup> El fenómeno de socialización es estudiado tanto desde la Sociología como desde la Psicología, aunque *de facto* no estudien los mismos contenidos. Son muchas las teorías elaboradas para tratar de explicar las vías y procesos de socialización. La más influyente a todos los niveles, especialmente dentro de la Psicología, ha sido la teoría del psicólogo suizo Jean Piaget, quien ofrece una teoría del desarrollo cognitivo del individuo más elaborada y sistemática, de acuerdo con cuya teoría, el menor desde que nace es activo, y construye su propio desarrollo. En la misma línea: el psicopedagogo ruso Lev S. Vygotski. Cfr. OCHAÍTA ALDERETE, E.; ESPINOSA BAYAL, M. A.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, H.: «Las necesidades adolescentes y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», en *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 92, Ed. Instituto de la Juventud, Marzo 2011. Disponible en Internet: <http://www.injuve.es/sites/default/files/RJ92-07.pdf>. Pág. 87(88) a 110; MORALES DOMÍNGUEZ, J. F.; MOYA MORALES, M. C.; GAVIRIA STEWART, E.; CUADRADO GUIRADO, M. I.: *Psicología Social*, Ed. McGraw-Hill, 3ª ed., Madrid, 2007. Pág. 387-413; ROCHER, G.: *Introducción a la Sociología General*, Ed. Herder, 11ª ed., Barcelona, 1990.

<sup>750</sup> Actualmente, existe una corriente doctrinal en España impulsada por la Prof. Briones Martínez (Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Complutense de Madrid), que avala el fenómeno del *homeschooling* o educación en casa, como alternativa a la escolarización, entendiendo el ambiente de familia como propulsor del desarrollo personal y académico del menor en aras a su «superior interés». Este fenómeno educativo actualmente no está regulado en nuestro país pero es cada vez más demandado por un sector creciente de la sociedad, causando ya una interesante jurisprudencia, la más reciente la sentencia de 2 de diciembre de 2010 dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no dan una definitiva solución a la educación en casa, sus decisiones se han pronunciado más sobre la conveniencia o no de retirar la custodia a los padres, y de si constituye un causa de abandono o dejación de las responsabilidades paterno – filiales, pero no han tomado el pulso para poner sobre el tapete la conexión entre el artículo 27.3 de la Constitución y el artículo 16. Entre otros factores ante la incursión del menor ante las TICs. Bien es verdad que es el derecho fundamental a la educación previsto por el art. 27 de la CE el que subyace al *homeschooling*, pues se ve por muchos autores como una manera de objeción de conciencia a la educación recibida en la escuela pública, que para un sector muy amplio de la sociedad deja mucho que desear. Al fin y al cabo, se trata de un derecho históricamente reivindicado desde hace muchos siglos, buscando satisfacer las necesidades y aspiraciones del individuo de formarse logrando un pleno desarrollo de su personalidad, especialmente en relación al menor de edad, individuo especialmente vulnerable que depende de quienes ejercen sobre él la patria potestad o tutela para cubrir sus necesidades y alcanzar un pleno desarrollo. Cfr. VV. AA.: *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*. BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (Coord.). NAVARRO VALLS, R. (Pról.), Ed. Dykinson, Madrid, 2014. Pág. 1 a 330; BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: «Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia», *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*. BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (Coord.), Cap. II, Ed. Dykinson, Madrid, 2014. Pág. 39 a 88; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Consecuencias penales de la educación en casa», *Educación en familia. Ampliando derechos y de conciencia*, ob. cit. Pág. 143 a 160; NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2012. Pág. 240-248; SOBERANES DÍEZ, J. M.: «Educación escolarizada vs. educación en casa. Reflexiones sobre la sentencia *homeschooling* del Tribunal Constitucional español», en *Cuest. Const.*, núm. 25, Universidad Panamericana, Méjico, Julio-



En los albores del siglo XXI, lo que se hace presente en la sensibilidad del menor adolescente es la percepción de una reorganización profunda de los modelos de socialización: ni los padres constituyen el patrón-eje de las conductas aprehendidas por el menor, ni el colegio es el único lugar legitimado del saber, ni los libros son el centro que articulan la cultura. Muchos modelos de identificación a los que el menor está expuesto, no pasan necesariamente por la puerta, sino que se cuelan sibilinamente en su vida a través del *espacio virtual*, entre otras cosas porque el debilitamiento social de los grupos primarios refuerza la influencia de las TICs.

La interiorización de las pautas culturales es un elemento fundamental de la socialización del menor en la que los padres juegan un papel fundamental: sus indicaciones son una forma de control; el estilo de socialización llevado a cabo por los padres supone la consecución de unas prácticas educativas concretas que producen en el hijo maduración de la personalidad, equilibrio emocional, capacidad para elegir, solucionar y superar conflictos, sentido de la responsabilidad, etc.; el menor necesita normas y pautas de conducta claras y seguras que permitan y faciliten su adaptación coherente al entorno social que le rodea, de acuerdo con su desarrollo y maduración personales. Aun cuando llegará un momento, no muy lejano, en que tendrá que elegir o rechazar los modelos presentados por sus padres<sup>751</sup>.

En las familias son muy diversos los estilos educativos que se plantean. Además, la educación en la familia se produce de forma natural y espontánea, marcada por la relación de comunicación entre padres e hijos. Pensemos en un adolescente que vive y se desenvuelve en un clima familiar tenso, agresivo, con carencias afectivas, o bien se dan en su desarrollo emocional sobreexigencias o situaciones de estrés, u ostenta una personalidad marcadamente vulnerable, a lo que hay que añadir los conflictos propios de su edad. El uso de los PEDs y el acceso a las TICs le ayudará sin duda a

---

Diciembre\_2011. Disponible en Internet: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932011000200013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932011000200013&script=sci_arttext).

<sup>751</sup> Cfr. DODERO FUEJO, M.: «Socialización: familia y escuela». RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Criminología y Educación Social, Serie Mayor, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. Pág. 525(529) a 536. Como complemento: CARRERAS DE ALBA, R.: «La familia como contexto de desarrollo». RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Criminología y Educación Social, Serie Mayor, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. Pág. 391-402.

evadirse de tales situaciones, pues serán en muchas ocasiones una vía de escape para sus sentimientos y la rebeldía contenida, a los que puede dar rienda suelta en el *espacio virtual*<sup>752</sup>.

Aún cuando «la mayoría de los padres ejercen algún tipo de control, lo que marca la diferencia entre los distintos estilos paternos es la intensidad de ese control, la aceptación de las responsabilidades del papel de padres y la reciprocidad en las relaciones afectivas y de comunicación con los hijos»<sup>753</sup>. Sin embargo, el ritmo ajetreado de la vida, los cambios sociales que están afectando a la familia, la falta de coordinación entre la familia y el colegio, junto con una buena dosis de desidia y despreocupación de los adultos, ha ido favoreciendo que se nos haya ido de las manos la vida de familia, fundamentalmente.

Sin duda la falta de comunicación familiar, basada en la confianza y el afecto, se ha convertido en pieza clave en la alteración del proceso de socialización del menor. Hoy más que nunca se hace imprescindible recuperar el sentido de la sala de estar, las comidas y sobremesas comunes, los juegos comunes –también los *digitales* y *audiovisuales*-, ¡los *lap top* comunes en lugares comunes!, ver películas todos juntos, organizar un plan de ocio que involucre a todos los miembros de la familia, conversar en casa, incluso discutir, pero siempre juntos.

No olvidemos que la labor socializadora de la familia se hace efectiva a partir de unos estilos y prácticas educativas concretas, por lo que la relación familia e institución educativa hace imprescindible el establecimiento de vías de colaboración y comunicación entre ambos grupos primarios de socialización del menor. Un mejor sistema educativo que socialice a los menores haría que determinadas conductas se redujeran. A la vez que es importante que se mejore el tratamiento que debe darse a los menores que presentan trastornos de personalidad, de la conducta o de salud mental, que muchas veces no se detectan y terminan derivándose a la vía penal.

---

<sup>752</sup> Cfr. DE LUCAS COLLANTES, M.: «Psicología evolutiva», ob. cit. Pág. 132.

<sup>753</sup> Vid. DODERO FUEJO, M.: «Socialización: familia y escuela», ob. cit. Pág. 529.

## 20.2. La imagen, agente socializador de primera magnitud.

La *generación interactiva* –nuestros menores- viven en un entorno *audiovisual* y *digitalizado*, en el que la imagen (a través de la televisión, *Internet*, *videojuegos*, *teléfono móvil*, etc.) adquiere un valor intrínseco de primerísima magnitud, hasta convertirse en el segundo recurso de comunicación social del mundo actual después de la familia. No es infrecuente que el menor –como tantos adultos- se asome a la *multipantalla* o *early window* de su teléfono móvil o de su *lap top* antes que a la ventana de su hogar familiar. De ahí que la imagen sea considerada como el gran factor de cambio social y cultural de todos los tiempos. Su influencia alcanza límites insospechados: es construcción que abre una relación, un intercambio con cualquier parte del mundo. Los expertos hablan de la influencia educativa –o deseducativa- muy superior a la que ostenta la familia o el colegio. «Se aprende más por lo que se ve hacer que por lo que se oye»<sup>754</sup>. La imagen proporciona todo un sistema de aprendizaje vicario o de modelos, pues se trata de una vía preferente de «adquisición de las actitudes, valores, creencias y conductas del entorno social al que pertenece»<sup>755</sup>.

El menor de hoy tiene muy definido su modelo de ocio que, sin aparcas opciones muy generalizadas como el deporte, pasa de manera fundamental por el uso de los PEDs. Este tipo de *ocio digital* sirve un amplio surtido de violencia a través de *Internet*, *videojuegos*, *chats*, a través de la *televisión*, etc. Por eso, hoy más que nunca el menor está más expuesto al peligro de volverse una persona violenta. Sería injusto y simplista afirmar que las TICs son las únicas responsables de la oleada de violencia juvenil actualmente existente. Pero sí tienen un protagonismo importante, pues ellas han reemplazado, en gran medida, a las instituciones más importantes en el proceso de socialización del menor a que antes me he referido: la familia y el colegio.

Una persona que habitualmente contempla violencia, bien en los *medios digitales* como a tiempo real, es más proclive a volverse violento. El problema de las TICs es que el consumo de violencia puede ser constante, sin que duela. Bien es verdad que, junto al consumo de violencia a través de la imagen, el menor ha de reunir otras

---

<sup>754</sup> Vid. CABANYES TRUFFINO, J.: «Personalidad». En: CABANYES, J; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, Cap. VII, EUNSA, 3ª ed., Pamplona, 2012. Pág. 85(88) a 98.

<sup>755</sup> Vid. CABANYES TRUFFINO, J.: «Personalidad», ob. cit. Pág. 88.

«características personales de predisposición a los comportamientos violentos para convertirse en un ser violento, como, asimismo, encontrarse en un contexto sociofamiliar que sea caldo de cultivo de situaciones violentas. Si el menor es propenso a comportarse violentamente, por ej., porque se siente frustrado, puede recrear en su imaginación alguna fantasía aberrante que le viene configurada por lo que ve. Es decir, lo que ve le da ideas de cómo dar rienda suelta a su propensión a la violencia. Al principio se comportará violentamente en el marco de su fantasía, una fantasía que irá perfilando en el transcurso de los años. Finalmente, en algunos casos se materializará esa fantasía y la llevará a cabo en la realidad. Y este paso entre la fantasía y la realidad se ve facilitado por algunos factores de nuestra floreciente industria del ocio, como son «la movida» y «el botellón» del fin de semana, o el consumo desmesurado de alcohol y otras drogas en el día a día de la agenda semanal de nuestros menores y jóvenes»<sup>756</sup>.

Si bien es cierto que muchos individuos nacen violentos, también se aprende a ser violento. A diferencia de la persona adulta, el menor, a través de determinados programas televisivos y *on line*, *videojuegos*, etc., va injiriendo una carga de agresividad que supone necesaria para aprender a manejarse autónomamente en la vida, precisamente por las especiales características de la adolescencia. Es un hecho constatado que el bombardeo de imágenes violentas «deja a la gente estupefacta, paraliza la reflexión e impide la capacidad de razonamiento»<sup>757</sup>. Este tipo de contenidos no favorecen en absoluto actitudes ni conductas cívicas o prosociales. Es más: muchos de estos contenidos favorecen el consumo de drogas, la promiscuidad sexual, la violencia y el materialismo consumista, que los más jóvenes asumen como real y deseable para el desarrollo exitoso de su vida y su personalidad, hasta llegar a identificar el mundo real con lo que ven en las pantallas. En definitiva, tales mensajes *audiovisuales* sólo llena el vacío de información y comunicación que la sociedad deja al menor de edad.

Las TICs son ya la principal actividad de la vida del menor occidental, participan de la cultura popular y su influencia en todos los estamentos de la sociedad es

---

<sup>756</sup> Vid. CASTELLS CUIXART, P.: *Impacto en la juventud de las nuevas tecnologías*, ob. cit. Pág. 11. Cfr. CABANYES TRUFFINO, J.: «Personalidad», ob. cit. Pág. 86-87; CLONINGER, C. R.: *Personality and psychopathology*, American Psychopathological Association, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1999.

<sup>757</sup> Vid. CASTELLS CUIXART, P.: *Impacto en la juventud de las nuevas tecnologías*, ob. cit. Pág. 1.

muy notable. La *televisión*, el *ordenador personal*, los *videojuegos*, o el *teléfono móvil* son elementos omnipresentes en la sociedad, de gran influencia en el entorno del menor. De ahí la importancia de tenerlos muy en cuenta para poder dirigir y canalizar toda la información, los conocimientos, las tendencias, las ideas que influyen en la sociedad, en el trabajo, la cultura, también de la persona adulta. Pero su importancia es mayor cuando se refiere al desarrollo intelectual, la maduración y la educación de los más jóvenes.

De todo esto, se deduce la necesidad de regular los contenidos a los que accede el menor de edad. Respecto a la televisión, debe destacarse la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, que tiene entre sus principios rectores la protección de la infancia<sup>758</sup>.

Las TICs, y especialmente *Internet*, no son un fenómeno de la información y la comunicación para curiosos y navegantes. Su proyección en el aprendizaje permanente, en el trabajo a distancia, en el ocio, en las comunicaciones interpersonales las convierten, sin duda alguna, en el fenómeno más contemporáneo y en la expresión más clara de un mundo globalizado.

### **20.3. «Normalización» de la violencia en las TICs y sus causas.**

Es doctrina consolidada entender la violencia como una conducta desviada, o una estrategia antisocial utilizada para resolver conflictos, y que ocasiona consecuencias dañinas en otro individuo o en uno mismo. Si bien, la violencia en sí no es una conducta instintiva, ni el fruto de una respuesta automática o involuntaria. En la conducta violenta se implican muchos factores en interacción, sus consecuencias pueden ser más o menos graves de lo que su autor pretende, y pueden entrar en juego circunstancias modificativas en la responsabilidad de su autor. Desde el punto de vista jurídico-penal, la mayoría de las acciones violentas son reprochables jurídicamente,

---

<sup>758</sup> Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79, de 1 de abril). Cfr. II PENIA, ob. cit. Pág. 20.

estando tipificadas en los códigos penales o leyes especiales. Pero no todo comportamiento violento es delito, ni merece el calificativo de antisocial<sup>759</sup>.

Cuando hablamos de violencia juvenil, ésta incorpora un componente evolutivo. Hace referencia a la etapa adolescente. La mayoría de las conductas violentas protagonizadas por adolescentes se explican como consecuencia de la adolescencia, y van descendiendo en incidencia a medida que el menor va creciendo y acercándose a la etapa adulta: es la ya explicada «curva de la edad». Esto que es una regla general, encuentra sus peculiaridades si entráramos a analizar las características y tipología de delincuencia juvenil.

Desgraciadamente, como postula un sector de la doctrina, la violencia no es una simple anomalía en nuestras relaciones sociales, sino que llega a impregnar dichas relaciones. Está presente en nuestra forma de ver las cosas, de poseerlas; nuestros espacios de ocio destilan muchas veces mucha violencia gratuita. Tantas veces da la impresión de que no nos importa, incluso no nos molesta, nos hemos acostumbrado a la violencia<sup>760</sup>. Hasta podría afirmarse que el concepto «delincuente» no es más que un constructo meramente dialéctico. El hombre que delinque «es el hombre real e histórico de nuestro tiempo; que puede acatar las leyes e incumplirlas por razones no siempre asequibles a nuestra mente; pero, en todo caso, un hombre más, como cualquier otro»<sup>761</sup>. En definitiva, delincuentes podemos ser todos, sin que el concepto «delincuente» vaya asociado al de anormalidad o anomalía. Y el ejemplo más clarificador es precisamente la delincuencia juvenil, aún cuando despierte más alarma social que la delincuencia de adultos. Injusto, por otra parte, pues «la alarma social, desmedida, que genera la criminalidad del menor se explica más por el impacto de

---

<sup>759</sup> Cfr. ROXIN, C.: «¿Tiene futuro el Derecho Penal?», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 49, Revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Enero\_1998; FONAGY, P.: «Towards a developmental understanding of violence», ob. cit. Pág. 190-192. Citado por: ANDRÉS PUEYO, A.: «Violencia juvenil: realidad actual y factores psicológicos implicados», ob. cit. Pág. 1-9. Véase la bibliografía citada por este autor, de gran interés en la materia.

<sup>760</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DOLS, J. M.: «De la violencia y otros trapos sucios. Una introducción a la psicología social». RUIDIAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDERSA, Madrid, 1998. Pág. 27(31) a 42.

<sup>761</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 93. Del mismo autor: «La normalidad del delito y el delincuente», Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. XI, Madrid, 1986. Pág. 325 y ss.

injustos estereotipos sociales e imágenes creadas por los forjadores de opinión pública que por la entidad y relevancia real de aquella»<sup>762</sup>.

Para la sociedad no es sano que la violencia juvenil se exhiba como un espectáculo público, de forma más intensa –si cabe hablar así- que respecto de la violencia adulta, lo que significa que se ha convertido en un medio de comunicación social de gran influencia<sup>763</sup>. En este sentido, en España la transmisión de la realidad criminal según los intereses partidistas de los medios de comunicación en cada caso, se lleva a cabo de forma distorsionada, al igual que el impacto o la preocupación individual y social que el particular produce. Pero resulta innegable que ello produce unos efectos en el legislador, y ejerce como factor de presión sobre los partidos políticos que se ven obligados a reaccionar de inmediato y de forma contundente con el peso de la ley: ello tiene un alto valor electoral. Sin embargo, al tiempo que dan una visión simplista del fenómeno criminal, eluden darle el tratamiento de lo que verdaderamente es: un problema social, y con mayor notoriedad si se trata de la violencia juvenil. Pues aunque los ciudadanos posean una relación personal –directa o indirecta- con el delito, la percepción personal de la criminalidad también va a depender del consumo de información, social y políticamente contextualizada, acerca de la situación criminal en el ámbito local, regional, nacional e internacional que es transmitida por los *mass media*<sup>764</sup>.

No cabe duda que en un orden social caracterizado por una sociedad globalizada, resulta autodestructivo por naturaleza la «exhibición» de la violencia, pues a causa de diversas razones –como la crisis de valores actualmente imperante, el influjo de las TICs, la permisividad educativa, la pérdida de la autoridad institucional, etc.- implica inducir en los menores una práctica generalizada de violencia gratuita.

---

<sup>762</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 252-253. Cfr. CASTELLS CUIXART, P.: «Factores de riesgo que generan agresividad y violencia en la adolescencia», en *Anuario Español de Pediatría*, núm. 54, (Supl. 4), Madrid, 2001. Pág. 1(3-4) a 14.

<sup>763</sup> Cfr. FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-16, Noviembre\_2005. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>. Pág. 1 a 51.

<sup>764</sup> Cfr. SCHNEIDER, H. J.: «La criminalidad en los medios de comunicación de masas», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 36, Madrid, 1988. Pág. 737.

La «normalización» de la violencia implica habernos acostumbrado a vivir con una sociedad violenta sin incomodarnos a penas: hemos incorporado el «hecho violento» como algo habitual de nuestra vida cotidiana. Para que el hecho violento sacuda nuestra sensibilidad, hace falta una buena dosis de violencia. Lo que corrobora la experiencia de que nos hemos acostumbrado a la violencia<sup>765</sup>.

De mi experiencia profesional con menores infractores, puedo concluir que la violencia también se aprende. Ni un solo menor de los que he tratado y trato en la actualidad ha nacido violento. La psicología evolutiva enseña que hay quienes nacen agresivos, pero no por eso han de estar abocados a la violencia. Nos hacemos violentos. El ser humano posee características innatas que definen su personalidad, de carácter «congénito, presente en el nacimiento, mayoritariamente genético –en gran medida heredado de los padres- y en parte adquirido durante el período de gestación en el seno materno»<sup>766</sup>. Éstas determinan el temperamento del menor, y puede influir en su carácter «que se va configurando a lo largo de toda la vida, a través de la interacción con el medio. Tanto la herencia como el medio, con las circunstancias que vivimos en cada momento y las herramientas psicológicas que tenemos para enfrentarlas, determinan nuestra personalidad, el aprendizaje y la madurez»<sup>767</sup>.

La psicología evolutiva asegura la crueldad es siempre producto de un largo proceso evolutivo condicionado por las experiencias vitales individuales – fundamentalmente durante la primera infancia-, y el entorno sociocultural. El carácter violento «es, pues, algo aprendido y se compone de valores, objetivos, estrategias de afrontamiento y de situaciones y creencias sobre uno mismo y sobre el entorno»<sup>768</sup>.

---

<sup>765</sup> Sobre este particular, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Policía y delito a la luz de la Criminología», ob. cit. Pág. 37-44. Publicado también en: *Doctrina Penal*, núm. 49/52, Buenos Aires, Enero-Diciembre\_1990. Pág. 173-179. Del mismo autor: «Policía y criminalidad en el Estado de Derecho», ob. cit. Pág. 49-75.

<sup>766</sup> Vid. CABANYES TRUFFINO, J.: «Personalidad», ob. cit. Pág. 86.

<sup>767</sup> Vid. DE LUCAS COLLANTES, M.: «Psicología evolutiva», ob. cit. Pág. 127-139.

<sup>768</sup> Vid. CABANYES TRUFFINO, J.: «Personalidad», ob. cit. Pág. 86. Me remito a la teoría del aprendizaje abordado por Bandura.



#### **20.4. La «violencia potencial», nuevo concepto de violencia asociado a las TICs.**

De todo lo anterior puede concluirse que la conducta antisocial y violenta del menor infractor no surge de forma espontánea, sino que es resultado de un defectuoso proceso de socialización que, poco a poco, se va agravando hasta llegar a la comisión delictiva.

No quiero dejar de recalcar que para la mayoría de los menores infractores, la conducta antisocial y antijurídica es transitoria, que finaliza cuando el menor alcanza la etapa adulta, toma conciencia de sus responsabilidades, ante los demás y la sociedad en su conjunto, alcanzando la madurez: la «paradoja de Rubin» a la que también me he referido con anterioridad. Momento que no tiene por qué coincidir con una edad concreta y objetiva –la mayoría de edad- aún cuando se presuponga. Ahora bien, el menor infractor que hace de la delincuencia su *modus vivendi* es el que normalmente reincide en su conducta antisocial hasta protagonizar el inicio de una carrera criminal. Es entonces cuando hay que someter a exámen a ese menor para llegar al origen etiológico de su comportamiento violento.

La doctrina es unánime en mantener que no hay un psicotipo, ni biotipo, ni sociotipo de delincuente, pudiendo serlo potencialmente todos los individuos. Bien es verdad que hay un tipo de delincuencia juvenil psiquiátricamente definida, y otra que podría calificarse de delincuencia con rasgos de anormalidad no patológica –aquella propio de menores con trastorno antisocial, o con reacciones asociales regresivas-. Sin embargo, la mayor parte de los menores infractores presentan rasgos de personalidad estadísticamente normales o próximos a la normalidad, que se ven afectados por situaciones disfuncionales pero que no afectan de forma anormal o patológica a la conciencia, ni a la capacidad espontánea de decisión, ni a la emotividad o afectividad. De ahí la necesidad de investigar en la determinación de esos rasgos que se dan en el menor infractor, y que no se encuentran en el menor que no delinque, o con la misma

intensidad que en el primero. Lo que sí es indiscutible es la existencia de determinados factores causales de la conducta delictiva en menores infractores<sup>769</sup>.

Hasta la actualidad, la violencia explícita ejercida por el menor de edad en su entorno, aunque no es muy elevada, no por eso deja de tener importancia y trascendencia, pues cualquier hecho delictivo, por menudo que sea, la tiene: en primer lugar, para el menor infractor, pues denota la existencia de déficits en su proceso de socialización; en atención a la víctima del hecho en cuestión, a la que se ha obligado a pasar por la experiencia traumática del delito; y también por el daño social que supone. Precisamente por la alarma social que genera la violencia juvenil, en la sociedad se ha introducido el debate continuado de la reforma legislativa concerniente a la imputabilidad del menor edad, atizado por un «populismo punitivo» sin precedentes en España. Ciertamente se han dado casos muy graves de violencia juvenil en nuestro país, pero el problema no se ataja endureciendo las medidas judiciales a imponer al menor condenado. No creo que sea propio de una sociedad madura y sana legislar a golpe noticia que ofrecen los medios de comunicación.

Del estudio empírico que he realizado en la Fiscalía de Menores, al que me referiré en el siguiente epígrafe, se ha podido comprobar que, como consecuencia de la incursión de las TICs, empieza a repuntar otra clase de «violencia potencial», típica de las acciones delictivas cometidas a través de las TICs, a mi juicio mucho más peligrosa, que permanece oculta, no da señales externas, y, en consecuencia, no es detectable en apariencia en el menor infractor. Ya hay estudios que anuncian que el consumo incontrolado y desmedido de tecnología es un factor de primera magnitud generador de violencia en muchos casos, que se ejecuta con total naturalidad y normalidad en el *espacio virtual*. Este tipo de violencia se va incubando poco a poco en las actitudes y visión del mundo del menor, cuyo caldo de cultivo y plataforma de ejecución es, precisamente, a través del *ocio digital*, que sirve al menor un amplio surtido de violencia: a través de *Internet*, en determinados *videojuegos*, los *chats*, a través de la

---

<sup>769</sup> Cfr. RODRÍGUEZ TABOADA, A.: «Teorías que explican los factores etiológicos de la delincuencia juvenil», en *Revista de Psicología Liberabit*, vol. 3, Universidad San Martín de Porres, Lima-Perú, 2010. Disponible en Internet: <http://www.revistaliberabit.com/revista3.php>. Pág. 111-116; HERRERO HERRERO, C.: «Tipologías de delitos y de delincuentes en la delincuencia juvenil actual. Perspectiva criminológica», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 41, Ed. La Ley Actualidad, Madrid, 2002. Disponible en Internet: [http://www.acaip.info/docu/menores/delincuencia\\_juvenil\\_actual.pdf](http://www.acaip.info/docu/menores/delincuencia_juvenil_actual.pdf); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La normalidad del delito y el delincuente», ob. cit. Pág. 325-346.

*televisión*, o en las *redes sociales*. A través del consumo incontrolado de imágenes que embotan y paralizan su capacidad para pensar, el menor va ingiriendo –de forma inconsciente- una carga de agresividad que cree necesaria para manejarse autónomamente en la vida.

Cada vez es más frecuente que el menor tenga comportamientos que suponen una agresión haciendo el otro en el *espacio virtual*, que ejecuta además con toda naturalidad, cuando probablemente en el *face to face* no sería capaz de exhibir, hacer o decir lo que exhibe, hace o dice.

La opacidad o *cifra negra* de la violencia juvenil realmente existente en España, y en concreto la Comunidad de Madrid, ámbito territorial en el que se circunscribe este estudio, sigue siendo una constante. Lo que impide estimar con objetividad la magnitud del fenómeno violento –es decir, la violencia realmente existente, y la violencia visiblemente observada-, que se acentúa cuando se trata de esa «violencia potencial», por las características del ámbito en el que se desarrolla. Por lo que resulta de gran interés analizar, por un lado, por qué crece la violencia juvenil –si es que crece objetivamente- y por qué crece la atención que se les presta, fundamentalmente a través de los *mass media*<sup>770</sup>. Esto plantea serios problemas metodológicos. Si bien, es una realidad que los medios de comunicación son un agente de control social de primera magnitud, capaces de reconocer y delimitar el problema social al mismo tiempo que generalizan enfoques, perspectivas y actitudes ante un conflicto<sup>771</sup>.

Para el menor infractor, el límite entre la realidad de su entorno y la realidad *virtual* que vive a través de la *pantalla* –bien a través de su *lap top*, su teléfono móvil o

---

<sup>770</sup> En este sentido, «los medios de comunicación ofrecen una visión deformada de la realidad delictiva del país. Pueden iniciar la cobertura de una supuesta oleada de delitos, con independencia de los índices que aportan los datos oficiales, e igualmente ponerle fin. Este fenómeno ficticio produce, sin embargo, consecuencias muy reales: aumento de efectivos policiales, reformas legislativas, etc.». Vid. SOTO NAVARRO, S.: «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-09, Julio\_2005. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>. Cfr. SMITH, S. J.: «Crime in the news», en *The British Journal of Criminology*, vol. 24(3), Ed. Oxford University Press, Oxford, Julio\_1984. Pág. 289-295.

<sup>771</sup> Cfr. FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», ob. cit. Pág. 2. El examen pormenorizado de la actuación del control social penal –de sus instancias informales y formales- constituye uno de los objetivos metodológicos prioritarios del *labeling approach*. Sobre el control social en este sentido: cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 129 y 130; *Tratado de Criminología*, ob. cit. Pág. 177-179, 777 y ss; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 186-188.

la videoconsola-, está muy difuminado. Pasa de una realidad a otra con extrema facilidad. Por eso, al describir la violencia que genera a través de las TICs, manifiesta que es más suave la violencia que ve, comete o sufre en la plataforma *digital*, pues no se sufre físicamente. Además, en la realidad *virtual* todo es posible. Por eso, la violencia la siente como algo natural en su vida, y se hace valer de ella para conseguir sus objetivos. Con el agravante de la frustración que le embarga al constatar que probablemente no podrá realizar nunca sus aspiraciones, ni alcanzar toda la oferta que le ofrecen los medios de comunicación. Ante esta falta de oportunidades reales, sólo necesita cierto estado emocional para, a través de la pantalla, poner en práctica sus fantasías más violentas<sup>772</sup>.

Las estadísticas dicen que las conductas delictivas cometidas por un menor de edad a través de las TICs podrían calificarse de menores, tales como el *ciberbullying* o violencia escolar, o bien los tipos básicos de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones perpetrados a través de los PEDs. Sin embargo, empiezan a despuntar conductas más graves como el *sexting*, o el *childgrooming* o acoso sexual a través de la Red. Sus protagonistas son menores (chicos y chicas) que con abuso de superioridad acosan a otros individuos –generalmente también menores- a los que insultan, humillan, coaccionan e incluso agreden (con violencia no física pero sí psíquica y moral), difícilmente detectados por los medios de control social, aún cuando existen casos que sí por la alarma social que han despertado (por ej. el asesino de la katana). Si bien, en la actualidad, este tipo de «violencia potencial» *on line* ha sido analizada muy escasamente en nuestro país, por desconocida.

---

<sup>772</sup> Cfr. MUÑOZ GARCÍA, F.: «Sobre los contenidos televisivos», Fragmento de la exposición a la Comisión Especial, en *Diario de Sesiones del Senado*, Cortes Generales, Madrid, Marzo\_1994.

## VII. IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL MENOR DE EDAD Y EL DERECHO PENAL JUVENIL. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

### 21. Repercusión social de la delincuencia juvenil a través de los medios digitales.

Las maneras de relacionarnos y comunicarnos que ofrecen las TICs avanzan a un ritmo vertiginoso que cuesta asimilar, especialmente a los adultos, *inmigrantes digitales*. Menores y adultos podemos ser emisores y receptores de información en el *ciberespacio* a una escala mundial que no tiene límites, a tiempo real y con una velocidad casi instantánea. Las TICs integran el mundo en *redes globales* donde la comunicación, más que la información, engendra un vasto despliegue de lo que se conoce como *comunidades virtuales*. Estas comunidades pueden definirse como espacios de colaboración, donde se desarrollan proyectos y se discuten necesidades por quienes las forman<sup>773</sup>. Tal circunstancia genera nuevos retos que suscitan, a la vez, la aparición de problemas, precisamente por la falta de límites espacio-temporales.

Cuando el menor accede a la *Red*, ésta se convierte en la prolongación de su vida real, con algunas peculiaridades por tratarse de un espacio público y anónimo, donde todo el mundo que quiere entra pero aparentemente no hay nadie. Esto supone ya un riesgo para el menor, pues ni él mismo cae en la cuenta de esta realidad. El acceso libre a la información de cualquier tipo, la capacidad de trascender la soledad individual en un universo de motivaciones e intereses, la posibilidad de crear grupos de amigos – conocidos y desconocidos- en cualquier parte del mundo, compartir objetivos, etc., son algunas de las transformaciones que, sin darse cuenta, el menor va interiorizando con un grado de penetración mucho más intenso que la persona adulta.

---

<sup>773</sup> Cfr. BERNAL ALARCÓN, D. P.: «Cibercultura: una mirada desde la complejidad y la comunicación». I Congreso Online del Observatorio para la Cibernsiedad, en *Observatorio para la Cibernsiedad*, Septiembre\_2002. Disponible en Internet: <http://www.cibersociedad.net/congreso/comms/g04bernal.htm>. La autora cita a: GALINDO CÁCERES, J.: «Comunidad virtual y cibercultura», en *Época II*, núm. 5, Vol. III, Colima, 1997. Pág. 9(18)a 28.

Se habla de *Internet* como un enclave vigilado. Sin embargo, libertad y desregulación para la libre iniciativa hace del *espacio virtual* un paraíso de libertades, sin control ni restricciones. En España, llama la atención la contradicción que supone la protección a la infancia impuesta para los medios de comunicación tradicionales que no se ha extendido a los *foros* de las *redes sociales*. Sirva de ejemplo la prohibición de publicar el rostro de un menor de edad<sup>774</sup>. De la misma forma en materia de protección de datos de carácter personal, el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal obliga a los padres y tutores del menor de catorce años a prestar su consentimiento para que éste pueda acceder a una *red social*<sup>775</sup>. No cabe duda que la primera regulación corresponde a los propios responsables de las *redes sociales*, quienes no pueden ignorar que en el paraíso de las TICs, para un menor puede haber los mismos peligros –incluso más– detrás de su pantalla que en la calle.

Todos los estudios realizados sobre el uso que los menores hacen de las TICs concluyen que más de la mitad de los menores entrevistados *navegan* por la *Red* sin compañía; e inciden en el riesgo que esta situación puede suponer para los menores dada su preferencia por los *chats*<sup>776</sup>. El problema es que sus padres no ejercen ningún

---

<sup>774</sup> A este particular se refirió la actual Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía y Vicepresidenta de la Unión Europea, Viviane Reding, quien, al tiempo en que abandonaba su cargo como Comisaria de la Sociedad de la Información, interpelaba a los responsables de las empresas de *Internet* más fomentadas por menores a instalar sistemas de protección en sus páginas, con el fin de impedir que su acceso quede completamente abierto a cualquiera, lo que permite que entren amenazas que sitúen al menor en una situación de peligro. Cfr. DIARIO ABC, miércoles 10/02/2010. Pág. 54.

<sup>775</sup> Cfr. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre). Art. 6: 1. *El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa*; consentimiento que ha de reunir las características señaladas en el art. 3: H. *Manifestación libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen*; Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008). Art. 12: 1. *La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos*. 2. *Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo*; AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: Informe 0197/2013, Gabinete Jurídico, Madrid, 2013. Disponible en Internet: [www.agpd.es](http://www.agpd.es). Pág. 1 a 14. Todo ello en relación con: «Reglas de Beijing», cit. Art. 8 *Protección del derecho a la intimidad*.

<sup>776</sup> El primer programa de sensibilización para la promoción del buen uso de Internet se hizo en la Comunidad Catalana: «Internet Segura». Creado en el año 2000, ha contado con el apoyo de la Comisión Europea-Plan de Acción para una Internet más segura, estuvo constituido por seis países europeos, entre ellos España junto con Italia, Gran Bretaña, Alemania, Grecia, Países Bajos y Luxemburgo (Proyecto *SafeBorders*). Este Proyecto fue cedido a IQUA-Agencia de Calidad de Internet, para impulsar la

control de lo que hacen sus hijos menores en la *Red* cuando usan las TICs, entre otros factores: porque el menor pasa más tiempo con su *lap top* o su *smartphone* que con sus padres, a modo de «niñera tecnológica», en quienes los padres, de forma inconsciente, han delegado el cuidado de sus hijos; porque son los propios padres aprendices de las TICs –*inmigrantes digitales*- al lado de sus hijos –*nativos digitales*-, siendo la *era digital* la primera vez en la historia en que los hijos dan lecciones a sus padres sobre el uso de las TICs.

Quien fuera el último Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid durante el período 2006 a 2012, Alto Comisionado con el que ha contado la Asamblea de Madrid para salvaguardar y promover los derechos de los menores de edad, señaló en una de sus últimas intervenciones públicas que «el problema está en que los padres no conocen los efectos de las TICs, no saben aconsejar a sus hijos, porque no conocen dónde están los peligros, cómo configurar un perfil en una red social, o las costumbres que tienen los chavales en el uso de las redes sociales»<sup>777</sup>. Muchos padres piensan erróneamente que la vida de sus hijos no pasa por el *espacio virtual*, que lo utilizan simplemente como entretenimiento o fuente de información. Sin embargo, la vida *on line* que desarrolla el menor es muy alta, y tiene muchas consecuencias en su vida cotidiana.

En consecuencia, la alta posesión de las pantallas por el menor de edad y el número de horas que pasa *conectado*, obligan a redefinir la sociedad moderna en la que viven y se desenvuelven los menores. De ahí que la violencia juvenil *on line* sea cada vez más frecuente. Este tipo de delincuencia apenas detectada, caracterizada

---

protección de los menores ante los contenidos perjudiciales en Internet. Cfr. FUNDACIÓN CATALANA PER A LA RECERCA: Programa «Internet Segura», en *Revista Digital Educa-Madrid*, Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003.

<sup>777</sup> Vid. PÉREZ BARCO, M. J.: *Entrevista a Arturo Canalda, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid*, Diario ABC-ABC Familia, Madrid, 3/06/2011. Pág. 14 y 15. Cfr. DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID: Informe anual de 2009. En: *Niños e Internet: no permitas que hablen con extraños*, Madrid, 2009. Disponible en Internet: [www.enlaredprotege.com](http://www.enlaredprotege.com). La creación del Defensor del Menor ya estaba prevista en la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid, y que se concretó jurídicamente en la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. A las que ya me he referido en el Cap. I de este trabajo. Tres han sido los Defensores del Menor en la Comunidad de Madrid: Javier Urra Portillo (1996-2001), Pedro Núñez Morgades (2001-2006) y Arturo Canalda (2006-2012). En la actualidad, la figura del Defensor del Menor ha desaparecido, pasando a asumir sus funciones el Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid: Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia (BOCM núm.156, de 2 de julio; núm. 261, de 29 de octubre).

fundamentalmente por el medio de comisión de la conducta antisocial –a través de un teléfono móvil, el *lap top*, etc.- puede coincidir con los factores de riesgo tradicionales asociados a la conducta violenta en el menor de edad (fracaso escolar, desarraigo familiar, marginalidad, etc.), a los que se añaden, sin duda alguna, otros factores de riesgo específicos asociados a la delincuencia *on line*.

## **22. Contexto subjetivo del *ciberdelincuente* menor de edad. Un enfoque sistémico.**

La complejidad propia de cualquier tipo de delincuencia, y más en concreto de la delincuencia juvenil *on line*, excluye la simplificación de hablar únicamente de causas de la misma. Debe ser tratada desde un enfoque sistémico propio de cualquier fenómeno social, para comprender y abordar sus tres factores de correlación: factores condicionantes (culturales y económicos), factores consecuentes (lo político y lo institucional) y los factores determinantes (la persona del delincuente). Y ello porque la violencia juvenil representa el más claro impedimento para el progreso, tanto social como económico; también desde el punto de vista del individuo: los derechos fundamentales humanos están en riesgo o limitados dentro de unos mínimos márgenes de seguridad, tanto para la víctima como para el menor infractor; también las libertades políticas y civiles, derechos económicos, sociales y culturales pueden ser garantizados muy limitadamente si el nivel de violencia es alto. De ahí que en el discurso internacional, como se ha analizado en capítulos anteriores, se conceda un valor especial a la lucha contra la delincuencia juvenil.

La observancia de las nuevas formas de violencia a través de las TICs hace imprescindible la interdisciplinariedad para diseñar estrategias de política criminal que se apoyen sobre procedimientos y pensamientos integrados en red, y cuente con operadores de diferentes sectores y niveles administrativos –padres, profesores, trabajadores sociales, policía, operadores en la sociedad de la información, administración local, autonómica y estatal- que trabajen conjuntamente en las causas específicas contextuales de la violencia juvenil *on line*.



Quienes trabajamos con menores infractores sabemos que para cambiar el comportamiento violento del adolescente y minimizar los factores de riesgo que llevan a la conducta violenta, se debe mejorar –incluso cambiar– el entorno del menor. Sólo a través del cambio permanente de los actores que influyen directa o indirectamente en la vida del menor, podría reducirse el fenómeno violento de forma duradera. Por eso, el menor es el punto central: con sus necesidades, y sin obviar las causas específicas de su contexto. El problema es que el uso de las TICs se ha convertido en algo cotidiano entre los más jóvenes. El 88% de los adolescentes españoles dicen ser usuarios de *Internet*, y el 78% de los menores de 12 años dicen tener *teléfono móvil* propio, porcentaje que a partir de los 14 años se estabiliza<sup>778</sup>. Y aquí la clave: tanto el *teléfono móvil* como *Internet* se han convertido en dos instrumentos fundamentales para la socialización de los adolescentes. A través de las llamadas por *teléfono móvil*, del servicio de mensajes cortos (*Short Message Service – SMS* a través del *teléfono móvil* o *whatsapp* a través de *Internet*), del correo electrónico o *email*, de las *redes sociales*, de los programas de mensajería instantánea, etc., el menor consolida sus relaciones. Pero el mal uso de estos recursos conlleva algunos peligros potenciales.

Es doctrina científicamente aprobada que los patrones de conducta de la criminalidad se generan a partir de su factor determinante que es la persona misma del delincuente. Lo primero que llama la atención ante el fenómeno de la delincuencia juvenil *on line* es que su autor procede de todas las clases sociales, si bien se da un cierto repunte al alza en relación al menor de clase media, pues dispone, en mayor medida, de dispositivos digitales o PEDs. Por poner un ejemplo: menores y jóvenes de todas las clases sociales copian y piratean cuanta música, películas o *videojuegos* caen en sus manos, para, en ocasiones, venderlas después a conocidos o desconocidos mediante su anuncio en *Internet*. Generalmente, no es el ánimo de enriquecimiento el *leiv motiv* de la conducta, pero sí de lucro, aún cuando suelen ser de muy baja cuantía. Junto a ellos han aparecido *internautas* o *hackers* con conocimientos técnicos específicos que con el único objetivo de divertirse o mostrar sus habilidades, pueden bordear la ley, aunque no siempre lo consiguen.

---

<sup>778</sup> Cfr. BRINGUÉ SALA, X.; SÁDABA CHALEZQUER, R.: *Informe La Generación Interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, ob. cit.; MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia, cit. Pág. 19.

El menor español está conectado a las TICs una media de tres horas al día. La *televisión* sigue ocupando el primer puesto en el ranking del *ocio digital*. Durante todo ese tiempo, resulta muy interesante observar cómo y con quién se relaciona. La experiencia enseña que rara es la vez en que el adolescente seleccione la programación: más bien, suele ser el resultado de un rato de *zapping*. Cada hora visualizada contiene una media de seis imágenes o escenas claramente definibles como violentas o de sexo incontralado. Subliminalmente, los casos se duplican. Si a ello añadimos una media de diez minutos a la hora de mensajes consumistas, el objetivo conseguido es evidente: deformar la visión del mundo que el menor pueda tener fruto de su vivir cotidiano<sup>779</sup>. Además, el poder convicto de la *imagen* es muy superior a cualquier otro medio de comunicación, y el proceso de aceptación de anormal a normal es prácticamente irrefrenable.

A consecuencia de la incursión de las TICs en la vida del menor, se ha producido una regresión en el concepto paralelo edad-estímulo. En lo que interesa a este trabajo, la idea de juego ha cambiado muy drásticamente: casi ha desaparecido. Los *juegos on line* vienen cargados de una agresividad enorme; han pasado a ser, en muchos casos, enfrentamientos auspiciados por un exagerado concepto de competitividad, perdiendo toda idea de participación; ya no se gana: se *machaca* al contrincante.

Entre el deseo desaforado de consumo y la posesión hay un cortísimo recorrido. Si no se puede caminar por lo derecho, se coge la vía torcida, de tal manera que el menor, imitando lo que ve, desea y consigue, por las buenas o por las malas, lo que se propone. Habitualmente, ninguno de sus mayores se ha preocupado de qué intereses

---

<sup>779</sup> Trabajos para el conjunto de España que han estudiado el tiempo dedicado a las TICs por el menor de edad: DEFENSOR DEL PUEBLO-UNICEF: «Programación y contenidos de la televisión e Internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos», en *Informes, Estudios y Documentos*, Ed. Defensor del Pueblo, Madrid, 2010. Disponible en Internet: [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Prog\\_T\\_v\\_Internet.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Prog_T_v_Internet.pdf). Pág. 1(80-181) a 311; DEFENSOR DEL MENOR EN LA COMUNIDAD DE MADRID: «Menores y Televisión. Encuesta sobre hábitos, actitudes y uso del medio entre los niños y niñas de la Comunidad de Madrid», Ed. Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Madrid, 2010. Disponible en Internet: [http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/interes/Menores\\_y\\_Televisión.](http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/interes/Menores_y_Televisión.;); ASOCIACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN: «El marco general de medios en España», en *Estudio General de Medios*, Ed. AIMC, Madrid, Enero\_2009. Disponible en Internet: <http://www.aimc.es/-Descarga-Marco-General-No-.html>; «La audiencia infantil/juvenil de medios en España», en *Estudio General de Medios*, Ed. AIMC, Madrid, Abril\_2008. Disponible en Internet: <http://www.aimc.es/-Audiencia-Infantil-.html>.

tiene, cómo piensa lograrlos, y menos aún le han enseñado que todo en la vida tiene unas limitaciones, unos derechos y unos deberes que deben respetarse. En consecuencia: que existen unas normas de convivencia que deben cumplirse.

Ciertas formas de ocio entre los adolescentes más propias de un entorno urbano más que rural, como es el consumo de drogas de diseño, pueden incidir en la aparición de este tipo de conductas violentas a través de las TICs, especialmente de acoso escolar.

Además, diversos estudios han hallado correlación entre la violencia tradicional y la violencia a través de las TICs, encontrando variables en función del tipo de violencia comparada<sup>780</sup>.

Cualquier observador de la realidad sabe que no puede calificarse de similar todo tipo de violencia. De hecho, puede concluirse que toda esa violencia gratuita que exhiben de forma sensacionalista los medios de comunicación no son el único detonante del fenómeno violento. Lo cotidiano son otras formas de violencia mucho menos espectaculares pero sí más frecuentes, más incontrolables, y por ende mucho más inquietantes. Dentro de este patrón encaja perfectamente la violencia *on line* entre los más jóvenes. Por poner algunos ej.: un alto porcentaje de alumnos se quejan de sus propios compañeros por faltas de respeto, trabajos estropeados por alguien anónimo, extorsiones, vejaciones e injurias, acoso sexual, etc., verbalmente, a través de PEDs o en las TICs. Tales conductas leves, groseras en muchos casos, en muy pocas ocasiones deriva en formas de violencia llamativas. Éstas son transgresiones diarias de la libertad ajena que, dicho sea de paso, mantienen el temor de conductas mucho más graves si no se atajan a tiempo.

---

<sup>780</sup> Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO-UNICEF: «Programación y contenidos de la televisión e Internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos», ob. cit.

## **23. Factores de riesgo asociados a la delincuencia juvenil *on line*. Análisis empírico en la Comunidad de Madrid.**

### **23.1. Preámbulo.**

En el ámbito de la delincuencia juvenil vemos, en muchos casos, que no sólo los menores educados en ambientes patológicos o en familias desestructuradas y con carencias afectivas cometen actos de refinada crueldad, sino también –y va en aumento– los menores educados en familias estructuradas y criados con el mayor bienestar. Desgraciadamente, son cada día más los acontecimientos que se prodigan dentro del ámbito de la violencia infantil y juvenil. Con ello no quiero decir que la delincuencia juvenil vaya en aumento. Simplemente, el menor de edad se atreve a más, y algunos de ellos con edades inferiores al límite de edad para ser considerado «inimputable». Y ello por una razón: el menor del siglo XXI ha nacido en un entorno audiovisual. Las TICs forman parte de su proceso de socialización, como ya he manifestado en este Cap. Y ante los muchos mensajes y las múltiples posibilidades que el entorno audiovisual ofrece, el menor debe desarrollar un saber hacer para el que la educación y otras competencias más sutiles son imprescindibles. De ahí que el educador deba tener en cuenta las utilidades de estas TICs, y orientar el buen uso de las mismas y las ventajas que nos proporcionan.

Está constatado empíricamente que el tránsito de la pre-pubertad a la pubertad es muy rápido, hoy más que antes. No está demostrado que en ello haya influido el acceso del menor a la tecnología desde edad muy temprana. Lo que sí puede señalarse sin lugar a equívocos es que el consumo de contenidos audiovisuales como su uso, por lo general, son excesivos en el menor de edad, y en muchos casos inadecuados. El abanico de excitantes de orden mental es muy amplio, incluso, cada vez con más fuerza, constituyen estimulantes de pubertades precoces: imágenes sugestivas que muchas veces tienen su único estadio –de gran influencia en el menor de edad– en las imágenes publicitarias o en las series de *televisión* y *videojuegos*, amplificado –sin duda alguna– a través de la inmersión en las TICs<sup>781</sup>. No cabe duda que los medios audiovisuales son

---

<sup>781</sup> Cfr. CAMPS CERVERA, V.: «Educar en un entorno audiovisual», en *Revista Participación Educativa*, núm. 9, Consejo Escolar del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid,

una faceta más de la sociedad de consumo. El problema es que el menor, aún cuando domina el uso de la tecnología, la búsqueda de información, etc., sin embargo, carece – precisamente por su falta de madurez- de las habilidades necesarias para seleccionar y valorar la información que recibe.

Según la Psicología, muchos comportamientos que hasta ahora eran propios de jóvenes o adolescentes están empezando a ser frecuentes en la niñez tardía o pre-adolescencia: inicio de relaciones de pareja, conductas consumistas, uso de las PEDs con conductas delictivas frecuentes en la red, consumo de alcohol y drogas, etc<sup>782</sup>. Ello plantea en el menor de edad unos desequilibrios y descompensaciones que, quizá más tarde, si no se le ayuda a resolverlos oportuna y adecuadamente, le llevarán a una situación de inadaptación social, preámbulo, en muchos casos, del comportamiento delictivo.

Si tenemos en cuenta los numerosos delitos cometidos por menores de edad en sociedades que se consideran progresistas, es justificable relacionar la delincuencia juvenil con el declive social y educacional. Pues aunque la delincuencia juvenil existe desde tiempo inmemorial, como queda puesto de manifiesto en el Cap. I, sin embargo, las motivaciones del menor infractor del siglo XXI son, en la mayoría de los casos, producto del vicio, y del deseo de llamar la atención, de «ser alguien». En definitiva, la causa principal son los conflictos derivados de adaptaciones anormales, favorecidas por ciertos comportamientos e influencias sociales.

La personalidad del delincuente juvenil está fuertemente condicionada por las actitudes familiares y las relaciones paterno-filiales, y su comportamiento –como el de cualquier individuo- es el producto del entorno social en el que vive, y de su propia elaboración personal<sup>783</sup>. La integración en la sociedad es un fuerte factor disuasorio. Las sociedades con estabilidad emocional y social tienen poca delincuencia, no sólo juvenil sino también en adultos. Por el contrario, la delincuencia es más alta en las comunidades inestables o socialmente desorganizadas. Los trastornos emocionales, el

---

Noviembre\_2008. Disponible en Internet: <http://www.mecd.gob.es/revista-cee/revista/indice-revista09.html>. Pág. 88(90) a 94.

<sup>782</sup> Cfr. OLIVA DELGADO, A.: «Adolescencia en España a principios del siglo XXI», en *Revista Cultura y Educación*, vol. 15(4), Ed. Liliانا Tolchinsky, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003. Pág. 339(373-383) a 423.

<sup>783</sup> Cfr. DE LUCAS COLLANTES, M.: «Psicología evolutiva», ob. cit. Pág. 131.

retraso mental, el alcoholismo, la drogadicción y la conducta amoral y delictiva de los padres están en el origen de la conducta delictiva y antisocial de muchos menores infractores. Resulta interesante comprobar cómo las diferencias entre menores infractores de distintas procedencias o culturas sugiere que los factores causales dominantes son sociales en vez de individuales. Al igual que en otros estratos marginales como en aquellos en que impera el alcoholismo, la drogadicción, la homosexualidad, la prostitución o el suicidio, en la delincuencia juvenil las razones deben buscarse, *a priori*, en el medio social del menor infractor.

Ahora bien, también los medios de información y comunicación son un factor de riesgo para la delincuencia juvenil. Bien es verdad que no motivan el comportamiento delictivo, pero sí pueden determinar el contenido de los delitos. Desgraciadamente, con frecuencia presentan modelos de conducta que un menor de edad está más dispuesto a aceptar, pues la adolescencia es el momento de la vida en que el individuo necesita los patrones de identificación. Una sociedad en la que a los jóvenes y menores se les induce a creer que divertirse es la finalidad principal de la vida, que carecen de obligaciones y responsabilidades, la integridad moral y la responsabilidad personal se reduce a su mínima expresión, y la autoridad de los padres, profesores, etc., es sistemáticamente puesta en sordina, es cría de delincuencia.

Dos son las grandes preocupaciones en torno a la influencia de las TICs en el menor de edad: los contenidos y la posibilidad de adicción. En el trabajo de campo se ha comprobado la relación causa-efecto entre la exposición del menor a las distintas tecnologías y los comportamientos violentos desarrollados con posterioridad. De ahí que sea fundamental tener en cuenta todas las variables que puedan determinar el comportamiento delictivo del menor infractor, desde sus genes hasta el *status* familiar, económico, cultural, además del tiempo invertido frente a las TICs o mediante el uso de los PEDs.

Para nuestro ordenamiento jurídico, al abordar el fenómeno de la delincuencia juvenil adquiere una importancia capital la capacidad para discernir entre la significación de los hechos delictivos y la vivencia de los mismos, para así descubrir las miras subjetivas del menor infractor. Quienes trabajamos con menores infractores

sabemos bien que la conducta del menor delincuente encuentra un sentido lógico cuando se analiza el punto de vista desde el cual ve el mundo<sup>784</sup>.

El remedio contra la delincuencia juvenil se encuentra en el entorno que es capaz de inculcar en el menor infractor un sentimiento de responsabilidad personal, una actitud disciplinaria más estricta, atención a la educación en virtudes más austeras de honestidad, confianza en sí mismos y trato justo. Pues la buena conducta del menor no puede esperarse si se mira para otro lado ante su actuar delictivo, las desviaciones o deshonestidades que protagonice por menores que sean, o se le prive de una educación que postergue los básicos valores de la convivencia, éticos y morales, que son los que dan sentido a la vida humana. Para ello, es fundamental el ejemplo de la conducta y la implicación de los adultos.

### **23.2. Trabajo de campo<sup>785</sup>.**

En la Fiscalía de Menores de la Comunidad de Madrid se percibe un repunte de la delincuencia juvenil *on line* desde el año 2008 hasta hoy. Los datos ofrecidos por la Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid (Consejería de Justicia, 2013) ponen de manifiesto la aparición y el progresivo desarrollo de nuevas formas de delincuencia juvenil a través del uso de *dispositivos electrónicos portátiles o PEDs* y mediante el acceso a las TICs. Muestran que un 7,77%

---

<sup>784</sup> En la moderna Criminología, aún cuando el estudio del delincuente ha pasado a un segundo plano, desplazando el interés de la investigación criminológica a la conducta delictiva, la víctima y el control social, el infractor es examinado, no desde una perspectiva tradicional o clásica (el delincuente como «pecador que optó por el mal»), psicopatológica o positivista, correccionalista o marxista –todas estas posturas propias de la Criminología tradicional que postula la correlación crimen/anormalidad del infractor- sino «en sus interdependencias sociales», como unidad biopsicosocial, «que puede acatar las leyes o incumplirlas por razones no siempre asequibles a nuestra mente; un ser enigmático, complejo, torpe o genial, héroe o miserable; pero, en todo caso, un hombre más, como cualquier otro». Señala su autor que «difícilmente cabe afirmar ya hoy que solo un ser patológico puede atreverse a quebrantar aquéllas, cuando la experiencia diaria –y las estadísticas- constatan lo contrario: que cada vez son más los individuos «normales» que delinquen». La criminalidad juvenil, como otras –tales como la económico-financiera, la de funcionarios o profesionales, o de tráfico- avalan esta evidencia». Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit. Pág. 90-94; «La normalidad del delito y el delincuente», ob. cit. Pág. 325-346.

<sup>785</sup> Una primera muestra fue presentada por la autora en el VII Congreso de Psicología Jurídica y Forense mediante Comunicación Oral, celebrado en Madrid, 14-16 febrero 2013. Cfr. VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Factores de riesgo asociados a la delincuencia juvenil *on line*», en *Libro de Actas. VII Congreso (Inter)Nacional de Psicología Jurídica y Forense. Madrid, 14-16 de Febrero de 2013*. VV.AA. (Eds.), Ed. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, Santiago de Compostela, 2013 (ISBN: 978-84-616-2891-9).

de la delincuencia perpetrada por menores infractores desde 2008 hasta 2013 (primer semestre), condenados mediante sentencia judicial firme o derivados a reparación extrajudicial, ha sido *on line*, y, en consecuencia, es de tipo informático o cometida a través de las TICs o como consecuencia del uso de los PEDs.

Una aproximación al problema humano y social que están suponiendo los llamados *ciberdelitos* corrobora que el menor *ciberdelincuente* pertenece a todos los estratos sociales; cuenta con uno o varios *dispositivos electrónicos portátiles* a través de los cuales perpetra directamente el ilícito penal, o accede a la Red en cuya plataforma realiza la actividad delincuencial *on line*.

Este contexto de la investigación nos permite anticipar un diagnóstico sobre el aumento de la delincuencia juvenil *on line*, y los problemas a los que se exponen los menores adolescentes ante los PEDs y el acceso a la Red.

#### **23.2.1. Muestra e instrumentos de medida.**

La información ha sido extraída de la Base de Datos MCOS (Menores en Conflicto Social), creada y utilizada por la Agencia Para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid (ARRMI), dependiente de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno Regional.

El muestreo utilizado ha sido polietápico, ya que el período temporal seleccionado ha sido 2008-2013 (primer semestre), por el interés que suscita la horquilla de edad en que el menor puede ser considerado imputable –de entre los catorce y los diecisiete años cumplidos-, lo que ha permitido comprobar la posible reincidencia del delincuente *on line*. Se han extraído: por un lado, la sentencia judicial de condena o la reparación extrajudicial a que fue sometido el menor infractor, una vez reconocidos los hechos; así como el informe de seguimiento y el programa de intervención con el menor elaborados por el Equipo Técnico correspondiente.

De la muestra general extraída fueron seleccionados los delitos o faltas cometidos *on line* por menores infractores en la Comunidad de Madrid.



Se han establecido tres submuestras: la primera, para indagar en el perfil del delincuente juvenil *on line*, realizar diferentes comparaciones según la tipología delictiva común en función de las características del menor infractor, y tratar de definir un patrón tipo. Para ello se han seleccionado 31 variables (Generales: sexo, tramo de edad, nacionalidad, acción individual/colectiva, reincidencia, tipo delictivo, reparación extrajudicial/medida judicial; Familia: nacional/inmigrante, estructurada/monoparental/reconstruída, padre/madre ausente, situación económica, patrón normalizado/conflictivo, padres colaboradores, hermanos, marginalidad, otros; Menor: colaborador, relación con la familia, extrovertido/introvertido, habilidades sociales, capacidad empática, enfermedad, rendimiento escolar, dificultades en el aprendizaje, aspiraciones laborales, grupo de iguales, actividad sexual inapropiada, tipo de ocio/adicción a las TICs, arrepentido/vergüenza, otros).

La segunda submuestra, para poder concluir si del patrón tipo se deriva un perfil adictivo a los PEDs, y qué características reúne dicho perfil.

Y la tercera submuestra, para valorar el nivel de riesgo en el menor infractor tipo resultante, el nivel de intervención con el menor y la efectividad de la intervención.

### **23.2.2. Procedimiento**

La selección de la tipología delictiva *on line* se ha realizado sistemáticamente: por un lado, la extracción de los delitos y faltas tipificados en el Código Penal como delitos informáticos *strictu sensu* –el *childgrooming*, la estafa, el descubrimiento y/o revelación de secretos, y aquellos delitos atentatorios de la intimidad personal-; por otro lado, aquellos tipos delictivos asociados al empleo de los PEDs como medio de comisión del delito –las amenazas, las coacciones, la corrupción de menores, la tenencia y/o difusión de pornografía infantil, el exhibicionismo, la denuncia falsa, la extorsión, las injurias y vejaciones y los insultos-; o a través de las TICs –la usurpación de identidad, la falsedad documental y la simulación de delito, y muchos de los cometidos a través de los PEDs-.

### 23.2.3. Diseño del trabajo de campo.

La metodología de investigación empleada ha sido de tipo cuantitativo y cualitativo, por entender que es la más adecuada para las ciencias sociales.

#### *Evaluación cuantitativa.*

Para cubrir todo el espectro de potenciales unidades muestrales, y extraídas todas las resoluciones judiciales o reparaciones extrajudiciales, según los casos, han resultado condenados 1107 menores infractores en la Comunidad de Madrid, siendo el número de expedientes de reforma sentenciados o derivados a reparación extrajudicial de 2195.

#### *Evaluación cualitativa.*

Cada menor infractor condenado por delincuencia *on line* ha sido evaluado según las 31 variables seleccionadas, teniendo en cuenta el programa de intervención y el informe de seguimiento elaborados por el Equipo Técnico correspondiente. La tipología delictiva ha podido agruparse en cuatro bloques: *child grooming*, *ciberbullying*, acoso a través de las TICs y estafa. De cada bloque ha resultado un número de infractores. Del exámen de cada bloque de menores infractores con perfil similar en virtud de la tipología delictiva común, se ha extraído un patrón-tipo.

Sobre el patrón-tipo, se ha evaluado el nivel de riesgo que el menor infractor presenta de seguir delinquir o por adicción a las TICs, tomando como referencia la evaluación resultante de las variables seleccionadas. Del resultado obtenido se ha podido comprobar si el menor presenta un nivel de riesgo bajo, moderado, alto o muy alto. El nivel de intervención con el menor ha sido evaluado del mismo modo que el nivel de riesgo, habiéndose podido extraer si la intervención ha sido mínima, media o máxima, según el tipo de reparación extrajudicial o medida judicial impuesta por el Juez de Menores. Por último, la efectividad de la intervención realizada y su valoración ha sido sometida a una triple gradación, según si el menor ha sido reincidente (la resocialización fue nula), efectividad media (el menor presenta historial delictivo pero por distinta tipología delictiva) o completa (si la resocialización fue completa).

#### 23.2.4. Análisis de los datos obtenidos.

De la muestra general extraída, los tipos delictivos de comisión *on line* se han agrupado en cuatro grupos: el *child grooming* o acoso sexual a menores asociado a la tenencia de pornografía infantil y corrupción de menores; el *cyberbullying* o acoso escolar a través de la pantalla mediante mensajes amenazantes, vejaciones e injurias; el acoso y maltrato psicológico en sus más variadas formas (las injurias, vejaciones, amenazas y coacciones) adaptado a los modelos de comunicación a través de los PEDs, entre ellos el fenómeno delictivo del *sexting* o difusión de material pornográfico infantil, cuya elaboración y entrega ha sido llevada a cabo por el propio menor de edad protagonista de dicho material pornográfico; la estafa, en concurso con la falsificación documental, la usurpación de identidad, y el hurto.

Cada tipología delictiva se ha identificado con una letra mayúscula, asociando a cada menor infractor autor del tipo delictivo *on line* con un número. De igual modo, el perfil adictivo del menor.

<i>Child grooming</i> o acoso sexual	G
<i>Cyberbullying</i> a acoso escolar	B
Otros tipos de acoso en las TICs	D
Estafa	E
Adicción a los PEDs	Ad

El resultado total ha sido:

De los 1107 menores condenados, son 86 los menores que han incurrido en delincuencia *on line*, a los que se puede denominar como *ciberdelincuentes*. De dicho resultado, 12 presentan adicción a las nuevas tecnologías, habiendo descartado todos los menores infractores de la muestra que también presentan adicción *on line*, pero no han incurrido en un *ciberdelito*.

86 <i>ciberdelincuentes</i>	8 por G	12 Ad
	6 por B	
	55 por D	
	5 por E	

De la tipología delictiva *on line* asociada al menor infractor en concreto se han extraído 4 patrones-tipo de *ciberdelincuente*:

G <sub>3</sub>	B <sub>2</sub>	D <sub>7</sub>	E <sub>2</sub>
Varón de 17 años. Español. Actúa individualmente. No tiene antecedentes. Hecho delictivo: a través de la <i>webcam</i> contacta con una menor a quien exige... Medida judicial: 8 sesiones de educación afectivo-sexual de 5 h. la sesión. Familia desestructurada: monoparental desde que tiene 14 años. Padre ausente. Bienestar económico. El mayor de 4 hermanos. Episodio traumático en la primera infancia: muerte de un hermano. Colaborador. Responsable. Introverso, falta de habilidades sociales, no empatía. Rendimiento escolar bueno. 2º BAC. Aspiraciones laborales: acceso a la Universidad. No tiene grupo de iguales consolidado. Sexualidad: afán exploratorio propio de la edad. Ocio: con adultos. Solitario, reflexivo, metódico, ordenado. Dificultad para expresar emociones. Arrepentido por los hechos.	Varón de 16 años. Español. Actúa conjuntamente con otros menores. No tiene antecedentes. Hecho delictivo: vejaciones a través de la <i>red social Tuenti</i> a compañero de clase, pintadas en el cuerpo (piernas y espalda), agresión en cuello, brazos y piernas grabada en teléfono móvil – No difusión. Reparación extrajudicial: 3 sesiones de apoyo y acompañamiento de personas mayores. Familia estructurada. Bienestar económico. El mayor de 2 hermanos. Fue víctima de acoso escolar. Colaborador. Buena relación con su familia. Introverso, dócil, no problemático. 4º ESO (repetidor). Aspiraciones laborales: Grado Superior de Informática. Ocio: pasa mucho tiempo en su <i>lap top</i> . Deportista. Tiene novia. Grupo de iguales conocido por la familia (implicados). Voluntad de participar en conciliación, pedir disculpas al ofendido y reparar el daño causado.	Mujer de 16 años. Española. Actúa individualmente. Tiene antecedentes policiales. Hecho delictivo: Amenazas y vejaciones injustas continuadas a otra menor a través de la <i>red social Tuenti</i> y por la calle. Medida judicial: 30 h. PBC. Familia desestructurada (monoparental desde que tiene 2 años). Padre toxicómano y con trastorno mental diagnosticado. Situación económica ajustada. Hija única. Ha pasado por dos centros de protección. No colaboradora. Mala relación con la familia. Falta de habilidades sociales y de empatía. 2º ESO (repetidora). Absentismo escolar alto. Falta de aspiraciones laborales. Ocio desestructurado: autonomía impropia de su edad. Grupo de iguales descompensado: mucho mayores que ella y problemas con la justicia. Consume hachís y alcohol desde corta edad. Falta de motivación para el cambio.	Varón de 17 años. Chino. Actúa individualmente. Reincidente. Hecho delictivo: Delito de estafa continuada, usurpación de identidad, falsedad documental. Realización de operaciones bancarias usurpando identidad, disposición en efectivo t compra. Medida judicial: 12 m en Régimen Cerrado y 18 meses de Libertad Vigilada. Familia desestructurada. Vive con amigos en ciudad distinta de su progenitor que ostenta la guarda y custodia. No habla claro e incurre en muchas contradicciones. Tiene 2 hermanos que viven con su padre. Situación de desarraigo. Dispone de dinero. Grupo de iguales: extranjeros chinos. Buena capacidad de relación. Abandona estudios en 2º ESO. Aspira a los negocios. Ocio tecnológico. Otras conductas antisociales en solitario a través de las TICs.

Del patrón-tipo extraído de cada grupo de *ciberdelitos* se concluye:

	NIVEL DE RIESGO	NIVEL DE INTERVENCIÓN	EFFECTIVIDAD DE LA INTERVENCIÓN
G <sub>3</sub>	Moderado	Máxima	Proceso de reflexión. Reconocimiento de lo inadecuado de la conducta.
B <sub>2</sub>	Moderado	Máxima	Voluntad e participar en un proceso de conciliación. Petición de disculpas a la víctima y reparación del daño.
D <sub>7</sub>	Alto	Mínima	No hay arrepentimiento. Se recomienda el internamiento en régimen abierto.
E <sub>2</sub>	Alto	Media	Conductas antisociales habituales.

En cuanto al perfil adictivo del menor infractor *ciberdelincuente* se ha extraído un patrón-tipo, para determinar de forma aproximada el nivel de riesgo que presenta el menor y el nivel de intervención con el mismo:

Ad <sub>4</sub>	PATRÓN-TIPO		
	Varón de 16-17 años. Español. Actúa individualmente. No tiene antecedentes. Hecho delictivo: maltrato familiar habitual. Medida judicial: 10 meses Semiabierto Terapéutico + 2 meses Libertad Vigilada. Familia estructurada con una hija mayor de edad en acogimiento familiar. Colaborador con la familia de acogida. Buena situación económica. Menor de 2 hermanos. Posteriormente adoptado por la misma familia junto con su hermano. No colaborador desde la adopción. Mala relación con la familia: pasó por Centro de Protección por orden de alejamiento. Introverso, falta de habilidades sociales y de empatía. Conductas autolíticas. Desadaptación en todas las facetas de su vida cotidiana. 4º ESO. Buen rendimiento escolar. Inteligente. Ocio: PC, mv y juegos de redes. Grupo de iguales: un único amigo.		
	NIVEL DE RIESGO	NIVEL DE INTERVENCIÓN	EFFECTIVIDAD DE LA INTERVENCIÓN
	Muy Alto	Máxima	Inclusión en programa de adicción a las TICs en internamiento terapéutico.

### 23.2.5. Resultados.

El objetivo general del trabajo de campo reside en delimitar la tasa de incidencia de la delincuencia juvenil *on line*, así como las pautas de consumo e influencia que producen en el menor de edad el uso de los PEDs y su vida en las TICs.

Los objetivos particulares:

a) Conocer los patrones de consumo de los PEDs entre los menores de entre 14 y 17 años cumplidos.

b) Determinar la tipología delictiva no sólo informática *strictu sensu* sino a través de las TICs, o como consecuencia del uso de los PEDs.

c) Delimitar la repercusión, interpretación, finalidad y funcionalidad de dichos usos y contenidos en la información, empleabilidad y ocio del menor infractor.

d) Determinar las conductas de riesgo asociadas al uso de los PEDs y el acceso a las TICs, es decir, el uso atentatorio contra la integridad, la intimidad, la salud mental, etc.

e) Definir los factores de riesgo asociados a la delincuencia juvenil *on line* para el desarrollo de una buena política preventiva a favor del menor usuario, instituciones, educadores y redactores de contenidos.

La hipótesis de partida que se ha intentado confirmar o refutarse con la información obtenida durante el trabajo de campo ha sido:

1ª El menor adolescente mantiene unas pautas concretas de uso de *Internet* que han creado nuevos patrones de información, comunicación, ocio y acercamiento al otro.

2ª Dichas pautas no son arbitrarias sino reflexivas, y dan lugar a nuevas costumbres que están generalizadas entre los menores adolescentes.

3ª El uso indiscriminado de los PEDs y el acceso continuado a *Internet* incrementa el riesgo de que el menor incurra en conductas delictivas, por las propias características de la vida *on line*.

#### **23.2.6. Discusión**

En palabras del Prof. García-Pablos de Molina, el fenómeno de la delincuencia juvenil *on line* hace replantearse si el riesgo de victimización, tradicionalmente igual y

homogéneo para cualquier menor en virtud de la edad –factor que modula su especial vulnerabilidad-, debe comenzar a entenderse como un riesgo selectivo y diferencial según la concurrencia de diversos factores de tipo personal, social y situacional, como es el impacto de las TICs en su desarrollo personal y madurativo. Y ello aún cuando los resultados de esta investigación conlleva una limitación esencial, como es el análisis del perfil adictivo no sólo en el menor *ciberdelincuente*, sino en todos sobre los que pesa una reparación extrajudicial o medida judicial a cumplir. Sería un análisis más fidedigno, dato que no lo proporciona la sentencia judicial sino el informe de seguimiento elaborado por los Equipos Técnicos.

Sin obviar tales observaciones, puede concluirse:

- a) Que la imagen se presenta como un agente socializador de primera magnitud.
- b) La normalización de la violencia en las relaciones humanas, que en la actualidad pasa en muchos casos mediante el uso de dispositivos móviles (PEDs) o a través de las TICs.
- c) La aparente facilidad e impunidad con que son cometidos este tipo de infracciones penales en el espacio virtual como consecuencia de la sensación de anonimato.
- d) La violencia potencial típica de acciones delictivas cometidas a través de las TICs, en muchos casos incentivada por los contenidos violentos que en las mismas se recrean.
- e) El individualismo a que llega el uso y abuso de los PEDs.
- f) El repunte de personalidades adictivas a las TICs entre menores por el uso desmedido y abusivo que hacen de los PEDs.

## **VIII. NUEVAS FORMAS DE DELINCUENCIA JUVENIL ASOCIADAS AL USO DE LA TECNOLOGÍA. TIPOLOGÍA DELICTIVA *ON LINE* MÁS FRECUENTE ENTRE LOS MENORES.**

### **24. El *ciberspacio*, paraíso de libertades para la delincuencia *on line*.**

Ya se ha señalado que el uso de *Internet* ha alcanzado en la actualidad una gran difusión, que sin duda está destinada a aumentar. Permite acceder, a muy bajo coste, a innumerables noticias e informaciones útiles para muchas de nuestras actividades cotidianas, hobbies, etc. Para muchos tipos de trabajo se ha convertido en un instrumento indispensable, o al menos muy conveniente, porque ahorra desplazamientos y gastos, ofrece conocimientos que de otro modo sería muy difícil lograr, y permite la comunicación e intercambios con otras personas en cualquier punto del mundo. A *Internet* está asociado el correo electrónico o *e-mail*, que permite una comunicación rápida con cualquier parte del mundo, y que potencia algunos servicios útiles; un tipo de mensajería instantánea en *dispositivos móviles*; o las *redes sociales*.

*Internet* está concebido como una red abierta y libre, en la que no se opera una selección de contenidos. Sólo aquéllos que constituyen un delito grave (terrorismo, pederastia, fraudes a cargo de las tarjetas de crédito, etc.) son objeto de control y persecución por parte de la policía, aunque las dimensiones y la complejidad de la Red permite muchas veces escapar a esos controles. Ofrece la oportunidad de dar a conocer contenidos positivos, que facilitan la difusión de la buena doctrina y que permiten superar de algún modo el monopolio de grandes grupos editoriales de orientación ideológica negativa (televisión, cadenas de prensa, etc.). A la vez *Internet* puede ofrecer contenidos de escasa calidad científica (informaciones falsas o poco fiables), o bien con contenidos pornográficos (de diverso grado de dureza), violentos, racistas, terroristas, o también puede propiciar el encuentro con personas poco recomendables (pederastas, pedófilos, personas que desean mantener conversaciones obscenas *chateando*, etc.). Aun sin llegar a estos extremos, la posibilidad de *navegar* libremente por todas las partes del mundo puede excitar la curiosidad y hacer que se pierda mucho tiempo, si el usuario carece de pericia y de autodisciplina.



Ni el bien ni el mal son específicos de *Internet*. No es el único medio para hacer el bien ni es el único medio para hacer el mal. Sería injusto afirmar que ciertos peligros son exclusivos de *Internet*, porque actualmente los efectos perniciosos de la Red se están causando también mediante otros medios de comunicación. En particular, la experiencia demuestra que produce efectos más nocivos que los adolescentes tengan en su dormitorio una *televisión* o un *lap top* con conexión a *Internet*, que pueden encender a cualquier hora de la noche o de la madrugada, o la reciente difusión en las escuelas de pequeños clips pornográficos que se reciben en su *smartphone* (hoy día sólo los *teléfonos móviles* más sencillos y económicos no admiten imágenes). Igualmente existen números telefónicos, a los que se accede desde cualquier teléfono (fijo o móvil), dedicados a mantener conversaciones eróticas, etc.

Se sabe que el 30% de los menores españoles que *chatean* en *Internet* reciben algún tipo de provocación (sexual, incitación a conductas peligrosas, sectas...). El riesgo de que los menores visiten sólo páginas de juegos –muchas de ellas *piratas*– es muy alto, y cuentan además con una mayor presencia de publicidad pornográfica en ventanas emergentes o *popups*, que se abren sin permiso del *internauta*. Lo mismo sucede con las descargas ilegales de música o cine.

Se calcula que en *Internet* están colgadas más de 500 millones de páginas pornográficas, y que diariamente se realizan aproximadamente 70 millones de búsquedas de este género en la Red.

El Informe Pfizer destaca como dato significativo el desconocimiento de los padres en relación con el tipo de contactos y comunicaciones que sus hijos menores mantienen en la Red: sólo la mitad conoce la participación real de sus hijos en páginas de amigos o *blogs*. También existe un desconocimiento acerca de la frecuencia con la que se *conectan* sus hijos a *Internet*, de los datos que proporcionan, o del número de contactos con lo que los menores *chatean* a través de las *redes sociales* de las que forman parte. Los propios menores encuestados reconocen tener o cumplir menos normas de uso de *Internet* que lo que afirman sus progenitores (por ej. el tiempo que pueden pasar *conectados*, el tipo de información que manejan o comparten, *páginas web* o *redes sociales* a las que acceden, etc.). El estudio concluye que las *redes sociales* están totalmente incorporadas en el día a día del menor adolescente, frente al elevado

porcentaje de padres que desconocen en su totalidad o han incorporado con mayor lentitud este tipo de herramientas tecnológicas<sup>786</sup>.

La Fiscalía General del Estado aprobó la Instrucción 2/2011, sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las Secciones de Criminalidad Informática de las Fiscalías<sup>787</sup>. Y es que la cada vez mayor incidencia de los delitos que se sirven de los sistemas informáticos para atentar contra los más variados bienes jurídicos —el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, pasando por los bienes patrimoniales e incluso la propia seguridad del Estado—, han determinado una decidida actuación del legislador. Se trata de conductas ilícitas que se planifican y ejecutan aprovechando las ventajas que ofrecen las TICs, y que presentan por tanto singularidades a la hora de ser investigadas o enjuiciadas. A ello hay que sumar las evidentes dificultades para el descubrimiento, identificación y persecución de los *ciberdelincuentes*.

A día de hoy, el ordenamiento jurídico español ha tipificado algunas conductas relacionadas con la delincuencia *on line*<sup>788</sup>. Ello se debe, entre otros factores, no sólo al repunte creciente de la delincuencia *on line*, sino también a la normativa internacional ratificada por España. En concreto: la Recomendación R(89), de 13 de septiembre de 1989, del Consejo de Europa, sobre delitos en la informática, en la que el Comité recomienda a los Estados miembros la catalogación de conductas delictivas

---

<sup>786</sup> Cfr. FUNDACIÓN PFIZER: *Informe sobre la Juventud y redes sociales en Internet*, ob. cit.

<sup>787</sup> Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 2/2011, de 11 de octubre, sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las Secciones de Criminalidad Informática de las Fiscalías. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Pág. 1 a 21. La Instrucción trata de concretar el catálogo inicial de delitos a los que se extiende el marco competencial del área de criminalidad informática, estructurado en tres categorías: los *Delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TICs* (entre otros, el sabotaje informático y los delitos de acceso sin autorización a datos, programas o sistemas informáticos); los *Delitos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TICs* (estafas donde a través de la informática se llevan a efecto operaciones financieras y contra la propiedad intelectual; delitos a menores y personas discapacitadas, tales como el denominado *child grooming*, la corrupción de menores, pornografía infantil, donde en todo caso, intervengan las TICs; y los *Delitos en los que la actividad criminal, además de servir para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TICs, entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia* (delitos de falsificación documental, injurias y calumnias contra funcionarios públicos, amenazas y coacciones, delitos contra la integridad moral, apología o incitación a la discriminación, el odio y la violencia, o la justificación de los delitos de genocidio, siempre y cuando dichos delitos estén cometidos a través de las TICs).

<sup>788</sup> Cfr. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, cit. Art. 183 bis Acoso sexual a menores a través de la Red; art. 197.3 Intrusión o acceso ilícito a datos o programas informáticos ajenos (los llamados *hackers*); art. 248 del CP Estafa informática; y art. 264 del CP Daños informáticos.

manifiestamente dolosas, excluyéndose las hipótesis culposas<sup>789</sup>; y el Convenio de *Cibercriminalidad* del Consejo de Europa, todo un hito en la lucha coordinada contra este tipo de conductas, hecho en Budapest en 2001<sup>790</sup>. Este documento ha sido suscrito incluso por países no comunitarios como, EEUU, Japón, Canadá y Sudáfrica.

## 25. Una aproximación a la noción de *ciberdelito*.

La violencia *on line* a través de las TICs presenta unas particularidades en relación a la violencia tradicional, que la hace especialmente peligrosa y digna de atención. En primer lugar, la facilidad de comisión del delito, por un lado, por la escasez de recursos que requiere para su comisión por parte del *ciberdelincuente* (basta un *lap top* conectado a la Red) por otro lado, porque puede cometerse desde cualquier parte del mundo, y por último, porque en algunas conductas delictivas no hacen falta más que unos sencillos conocimientos de la informática. Debe añadirse que el uso de las TICs facilita el anonimato del infractor que agrede *on line*. Ello puede animarle a actuar como no lo haría en otras circunstancias y dificulta la perseguibilidad y el castigo de su conducta. Además, las TICs facilitan que la agresión continúe más allá de la vida cotidiana de las partes implicadas agresor-víctima, pudiendo ser ejercida a cualquier

---

<sup>789</sup> Cfr. CONSEJO DE EUROPA: Recomendación R(89) 9, de 13 de septiembre de 1989, sobre delitos en la informática. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Esta Recomendación invita a los Estados parte a tener en cuenta el carácter supranacional del delito informático cuando los Estados modifiquen sus legislaciones al respecto, y recomienda informar al Secretario General las experiencias de los estados en materia de cooperación contra el delito informático.

<sup>790</sup> Cfr. CONSEJO DE EUROPA: Convenio nº 185 sobre *Cibercriminalidad*, de 23 de noviembre de 2001. Firmado por España el 23 de noviembre de 2001, ratificado el 3 de junio de 2010 mediante Instrumento de 14 de septiembre de 2010 (BOE núm. 226, de 17 septiembre). De ahora en adelante me referiré a él como CB. Se hacía necesario un Convenio con el que prevenir conductas delictivas en el ámbito de la *criminalidad informática* –transfronterizas casi por naturaleza– como la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, las redes y los datos, así como el uso fraudulento de tales sistemas, redes y datos, asegurando la incriminación de dichos comportamientos delictivos; así como las medidas de investigación en el curso de procedimientos penales específicos, aplicables a todos los casos en los que medie una relación informática, facilitando la detección, la investigación y la persecución, tanto a nivel nacional como internacional, y previendo algunas disposiciones materiales al objeto de una cooperación internacional rápida y fiable. Remito al lector a los excelentes análisis siguientes: cfr. GARCÍA MORENO, J. M.: «Principales Convenios del Consejo de Europa en materia de cooperación judicial penal», en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 3, año VII, Ed. El Derecho, Mayo\_2011. Pág. 4 y 5; DÍAZ GÓMEZ, A.: «El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: el Convenio de Budapest», en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, núm. 8, Ed. Universidad de la Rioja, Logroño, Diciembre\_2010. Disponible en Internet: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/diaz.pdf>. Pág. 169-203; PAVÓN PÉREZ, J. A.: «La labor del Consejo de Europa en la lucha contra la cibercriminalidad», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003. Pág. 187-204;.

hora del día, cualquier día del año. Debe añadirse que la violencia ejercida a través de las TICs favorece que el infractor no llegue a ver las consecuencias de su conducta antisocial y antijurídica, lo que dificulta la posibilidad de empatizar con su víctima y se logre el cese definitivo en este tipo de conductas. Por último, la violencia *on line*, ya sea como infractor o como víctima, cuando se trata de un menor de edad, puede ocurrir lejos de la percepción de los grupos primarios del agresor, lo que limita el control y la ayuda ante este tipo de hechos delictivos.

Con todo, esta tipología delictiva lleva aparejada problemas anejos, como son las dificultades de persecución, la aplicación de legislaciones diferentes según la procedencia de las partes implicadas en la comisión del *ciberdelito*, los medios de investigación empleados por cada país, o los largos procedimientos muy burocratizados.

Muchos menores *ciberdelincuentes* no saben que chantajear por *Internet*, leer los *e-mail* de otras personas, ridiculizar a otra persona a través de una *red social* o *página web*, o utilizar la identidad de otra persona para *chatear*, tiene su correspondiente tipo delictivo en el delito de amenazas, la interceptación de comunicaciones, unas injurias, o usurpación de la identidad ajena. Conductas delictivas que podrían llevar aparejada una agravante de publicidad por emplear *Internet* o un *dispositivo móvil* como vehículo para la comisión del ilícito penal. Además, al tratarse de un menor adolescente, esa ignorancia puede ir unida a la inexperiencia propia de la edad, y a la propia idiosincrasia de la personalidad adolescente (impulsivo, buscador de sensaciones, incapaz de responsabilizarse de las propias acciones, justifica el medio por el fin, la poca consideración hacia el otro o de las reglas más elementales de la convivencia, etc.).

Poco a poco la sociedad es más consciente de que el peso de la ley también cae ante conductas delictivas cometidas en la *Red*, aún cuando el mundo virtual que aparece detrás de la pantalla siga ofreciendo la sensación de que nadie vigila, ni hay límites. Sin embargo, nuestro sistema judicial está legitimado para depurar responsabilidades penales –en función del tramo de edad del autor de la conducta ilícita– y civiles –en forma de sanción económica, por los daños y perjuicios causados, que en el caso del menor infractor recaerá siempre en sus representantes legales–. Llama mucho la atención esa reacción del «gratis total», de forma más intensa en el menor de edad que en el adulto, del «no cuesta nada conseguir las cosas», o del «nunca me va a pasar

nada». Lo peor es que nadie le ha explicado que su comportamiento implica una vulneración de derechos de autor, o de propiedad intelectual, o del honor o la libertad. Y ello porque el menor de edad, las más de las veces, está sólo ante la pantalla, no habla con sus grupos primarios de lo que hace en la *Red*.

Otros problemas de la tipología delictiva *on line* nacen del propio *espacio virtual*, cuyo contexto se muestra muy proclive a la sensación de anonimato en el *ciberdelincuente* -«nadie sabrá que fui yo»-, de impunidad -«mucha gente hace cosas así y no les pasa nada»-, la facilidad para crear, transmitir y publicar contenidos ilícitos empleando una identidad falsa -«no me conoce nadie»-, la proliferación de *redes sociales* cuya supervisión específica de los contenidos de sus usuarios se hace difícil, la rápida expansión por todo el *espacio virtual* de los *ciberdelitos* cuyos indicios pueden haber desaparecido cuando se tome medidas contra ellos.

Hablar de *ciberdelitos* no implica necesariamente criminalizar la *Red*, ni a los *cibernautas*. Únicamente supone una llamada a la responsabilidad de no mirar para otro lado ante la realidad de la delincuencia *on line*, cada vez más frecuente y no precisamente escasa, protagonizada en muchos casos por menores de edad, la mayoría de las veces desconocedores de la trascendencia de su comportamiento delictivo hasta el punto de poder ser castigado por la ley penal. Aunque también los hay que minimizan las consecuencias que sus acciones ilícitas pueden suponer.

### **25.1. El bien jurídico penal en el *ciberdelito*.**

La particularidad del *ciberdelito* estriba, por un lado, en el uso de la tecnología para delinquir, y, por otro lado, en la información que se maneja. De ahí que resulte necesario precisar la noción de *ciberdelito*, ya que a partir de ella se pueden aclarar conceptos tales como el bien jurídico que se protege, sus características, y la técnica legislativa a seguir, bien mediante la creación de nuevos tipos delictivos –los «delitos informáticos»-, o bien sobre la base de los ya tipificados en el CP en los que el medio empleado para delinquir son las TICs. Además, en la delincuencia *on line* se pueden dar otros aspectos sobre los que debiera reflexionarse, como el lugar de la perpetración del delito, o la punibilidad de conductas en que no interviene dolo.

Desde la perspectiva de la dogmática penal, y para calificar de delictiva la conducta violenta *on line*, es de vital importancia definir el bien jurídico que se protege en su variada tipología. Según la teoría jurídica del delito, en la conformación del ilícito penal deberá tenerse en cuenta el impacto de la lesión efectiva del bien jurídico que se trata de proteger. Es decir, la lesión efectiva del bien que se protege (el resultado típico) debe tener incidencia a la hora de fundar el ilícito penal. Por eso, la delincuencia *on line* no puede entenderse simplemente como un vehículo amenazante (el empleo de las TICs) al bien jurídico que se pretende lesionar en el *espacio virtual*, sino un modo de agresión al bien jurídico del otro sobre el que el Derecho penal no logra una protección jurídica. Entre otras cosas porque ante este tipo de delincuencia *on line*, la norma penal no se ha estabilizado aún.

El bien jurídico es quizá de los conceptos más difíciles de definir en la ciencia penal, pues se han dado tantas definiciones como autores hablaron sobre tal concepto. Comparto la postura de ese sector de la doctrina que entiende que el concepto de bien jurídico es un concepto indeterminado, y en consecuencia difícil de conceptualizar de forma exhaustiva<sup>791</sup>.

La definición más completa se le atribuye a Von Liszt, al señalar que el bien jurídico puede ser definido como un «interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que preexiste al ordenamiento normativo y que el Derecho reconoce»<sup>792</sup>. Es decir: el interés es considerado vital porque preexiste al ordenamiento jurídico, pero no lo crea, y ese reconocimiento jurídico hace que ese interés sea un bien jurídico; ese interés vital es importante para un determinado grupo social y en un contexto histórico determinado, por lo que puede no serlo en otro; el Derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que sanciona las conductas que lesionan tales bienes de cierta forma, y ello bajo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En

---

<sup>791</sup> «La cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de «bien jurídico» de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido». Vid. ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit. Pág. 54; «El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto». Vid. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*, ob. cit. Pág. 47 y 48.

<sup>792</sup> Vid. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. Pág. 6.

consecuencia, el bien jurídico funciona como un elemento de contención del poder punitivo, tanto en su forma de criminalización primaria como secundaria.

Si la violencia se define como aquella conducta intencionada con la que se causa un daño o perjuicio, la violencia a través de las TICs debe definirse como aquella conducta intencionada con la que se causa un daño o perjuicio, bien como consecuencia de un uso ilícito de la información que circula en el *espacio virtual*, bien a través de cualquier *dispositivo o medio digital*, dotando a estos dispositivos digitales de una especial peligrosidad, precisamente por el fácil contacto con la víctima. La violencia ejercida a través de las TICs degenera, en muchas ocasiones, en conductas delictivas ya tipificadas muy variadas, por lo que el bien jurídico protegido es muy variado a la hora de su determinación: la libertad en el caso de amenazas y coacciones; el honor en el caso de las injurias y calumnias; el honor; la propiedad en la estafa y la descarga ilícita de música, películas o videojuegos, bien para consumo personal, bien para su venta directa o mediante anuncios en *Internet*. El elemento central en estos casos es el medio de comisión de la conducta delictiva, sin el cual la conducta típica no se produciría.

Ahora bien, algunas de estas conductas merecedoras de reproche social no admiten encuadrarse dentro de tipos penales ya contenidos en el CP pero cometidos «*on line*», sino el hecho de atentar contra un bien propiamente informático, o porque el empleo de las TICs facilita la comisión del delito, haciendo del medio digital empleado un vehículo especialmente peligroso.

Todas estas conductas delictivas se relacionan muchas veces con el menor de edad durante su actividad *on line*. Y en un alto porcentaje de casos, la víctima suele ser otro menor, próximo al menor infractor o en el otro lado del globo terráqueo.

En consecuencia, la función prioritaria del bien jurídico es la de dar legitimidad a la norma que impone el deber, y en segundo lugar, definir el disvalor de la acción contraria a la norma, pero la norma no puede impedir la lesión. Por lo que la lesión al bien jurídico ha de ser de carácter rector a la hora de fundar el ilícito.

En este sentido, el bien jurídico que se protege en los delitos *on line* nace de la necesidad de una saludable actividad en el *espacio virtual* y del correcto manejo, no

sólo de los *medios tecnológicos*, sino también de la información de la que se dispone o a la que se accede, lo que supone un bien no sólo para el individuo sino también para la sociedad en su conjunto, como valor cualitativo. Por lo que el bien jurídico protegido en el caso de la delincuencia *on line* puede suscitar un doble orden de intereses: el interés individual del *internauta*, es decir, lo que la norma tiende a tutelar y a cuidar de posibles agresiones, el cual halla un reflejo en el interés que tiene el Estado de tutelar ese derecho. Se trata de un interés análogo al que tiene tutelar cualquier otro derecho: como el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho al honor, etc. Esto ocurre porque una de las finalidades del Estado es tender a garantizar a cada individuo el goce y ejercicio pacífico de todos sus derechos. En esta primera fase aparece el interés del individuo, reconocido y protegido por el Estado. Pero además, también hay un interés directo del Estado en la sana actividad en el *espacio virtual*, que no se diferencia con la que ejerce con otros derechos, posición respecto de la cual el Estado figura como sujeto directamente lesionado, máxime cuando los demás medios de control social no sean suficientes<sup>793</sup>. El fracaso de los medios de control social y la dañosidad social propia de este tipo de conductas hace necesaria la regulación punitiva de comportamientos que afecten el bien jurídico aquí propuesto, al menos esa es la tendencia que se observa en la legislación comparada.

Consecuentemente con lo anterior, el objeto material de la acción del *ciberdelito* será aquella persona o información (soporte lógico de un sistema de procesamiento de datos, programas, etc.) sobre la que recae la acción del *ciberdelincuente*, por lo que no siempre coincidirá objeto material y sujeto pasivo. Tampoco puede confundirse con el medio o instrumento empleado para la comisión del delito, que en el caso de los delitos *on line* será siempre el empleo de las TICs para delinquir.

Si bien, sólo deberían tener la consideración de *ciberdelitos* aquéllos que se tipifiquen como tales en base al principio de reserva legal; es necesaria la distinción de los ataques más graves, preferentemente dolosas, a fin de que la sanción penal se reserve, efectivamente, como última *ratio*, una vez que la sanción civil o administrativa haya sido descartada. Y ello porque los códigos éticos cuyo castigo viene de la mano de

---

<sup>793</sup> Esta teoría choca frontalmente con la teoría liberal, que entiende que el bien jurídico debiera servir sólo a la empresa de limitar el poder del Estado, y si éste viene a erigirse en titular de todos los bienes jurídicos, la función garantizadora desaparecería, o se transformaría en un instrumento muy útil para expandir el poder estatal.



la censura popular son, casi siempre, mucho más eficaces que una norma de derecho positivo. De esta manera se evita ir hacia un Derecho penal del Enemigo, pues aún cuando la delincuencia *on line* es una realidad creciente, y por tanto el *ciberespacio* necesita la protección penal, debe equilibrarse la balanza y reducir la tendencia punitiva lo más posible<sup>794</sup>.

## **25.2. La «información», objeto material del «delito informático» *strictu sensu*.**

Los constantes avances tecnológicos en materia informática han propiciado la aparición de nuevos conceptos, generando la modificación de otros enriqueciéndolos. Ahora bien, las nuevas TICs suponen un ensanchamiento de los riesgos y las ocasiones de realizar hechos delictivos, que atentan contra el espacio reservado de las personas. En este sentido, el *ius puniendi* del Estado puede intervenir en la tutela de determinados bienes jurídicos, para los hechos que revistan mayor gravedad, y una vez quede constatada la insuficiencia de otros instrumentos jurídicos (principio de subsidiariedad o intervención mínima), pero siempre de acuerdo a sus principios constitutivos que legitiman la intervención penal (principio de legalidad)<sup>795</sup>.

La definición de «delito informático» más completa de las manejadas, es ésta la que goza, a mi entender, de un carácter omnicomprendivo de las distintas modalidades delictivas, amplia y flexible: «Todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátase de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la víctima a través de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos

---

<sup>794</sup> Cfr. DÍAZ GÓMEZ, A.: «El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: el Convenio de Budapest», ob. cit. Pág. 182-183; MORILLAS CUEVA, L.: «Nuevas tendencias del Derecho penal: una reflexión dirigida a la cibercriminalidad», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 94, EDESA, Madrid, 2008. Pág. 18-31.

<sup>795</sup> Cfr. MATA MARTÍN, R. M.: «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», ob. cit. Pág. 221; RUEDA MARTÍN, M. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática*, ob. cit. Pág. 33; LOZANO MIRALLES, J.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), vol. II., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998. Pág. 194. Para un análisis más exhaustivo: cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «El principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *ius puniendi*», ob. cit. Pág. 249-260.

valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no de carácter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro»<sup>796</sup>. Esta definición no limita el daño producido por el delito al ámbito patrimonial, sino que abarca otros potenciales bienes jurídicos afectados, tanto individuales (por ej. la intimidad personal) como colectivos (por ej. la seguridad nacional). Ahora bien, hasta qué punto esta definición expresa con claridad el bien jurídico protegido, y si éste coincide con el objeto material del mismo.

De la definición manejada se deduce que es la «información» lo que realmente se protege con la regulación de los «delitos informáticos», para muchos considerados como los auténticos *ciberdelitos strictu sensu*. Es decir, cualquier «información», bien sea almacenada, tratada y transmitida a través de un sistema informático de procesamiento e interconexión. En consecuencia, elemento central de la conducta ilícita será el atentado contra un bien informático. En base a este concepto, el elemento determinante que hace que los «delitos informáticos» sean catalogados como una nueva categoría penal es la especial naturaleza intangible de los datos –no todo tipo de datos, sino sólo aquellos que sean relevantes, «informativos»- y los distintos soportes y programas, pues los tipos penales tradicionales contemplados en nuestro CP no permiten cubrirlos. He aquí –en los datos y en los soportes y programas informáticos- el objeto material de los «delitos informáticos»<sup>797</sup>. De ahí que la «información» sea considerada como «un valor, un interés social valioso, cualitativamente distinto, dotado de autonomía y objeto del tráfico»<sup>798</sup>.

Sin embargo, en el caso de España no es así exactamente. Si bien es cierto que tanto en las conductas de intrusión o acceso ilícito a datos o programas informáticos ajenos del art. 197.3 del CP, estafa informática el art. 248 del CP, daños informáticos del art. 264 del CP, y plagio del art. 270 del CP, el bien jurídico protegido sería

---

<sup>796</sup> Vid. HUERTA MIRANDA, M; LÍBANO MANZUR, C.: *Delitos informáticos*, Ed. Jurídica ConoSur, 2ª ed., Santiago de Chile, 1998. Pág. 116.

<sup>797</sup> Cfr. BALLESTEROS MOFFA, L. A.: *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Agencia Estatal de Protección de Datos, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005. Pág. 139. El autor señala que la protección de datos personales en el ámbito general de las comunicaciones electrónicas constituye el desafío más evidente de la sociedad tecnológica.

<sup>798</sup> Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L.: «Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la información como valor económico de empresa». En: MAZUELOS COELLO, J. (Comp.), *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Ed. San Marcos, Lima, 1997. Pág. 383. De la misma autora, cfr. *Fraude informático y estafa*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Pág. 43.

efectivamente la «información», no ocurre lo mismo con el acoso sexual a menores en la *Red* o *child grooming* del art. 183 bis en concurso real con el art. 189 del CP, en que lo que se castiga penalmente son aquellas estrategias que una persona (menor de edad o adulta) desarrolla a través de las TICs para ganarse la confianza de un menor con el fin último de lograr concesiones de índole sexual. No se ha hecho sino complementar los delitos ya regulados en el Título VIII *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* de nuestro CP, pero agregando los matices *tecnológicos* para hacerlo extensivo a estos nuevos «delitos informáticos».

En consecuencia, el bien jurídico de estos nuevos tipos delictivos específicos es pluriofensivo, muy variado y difuso a la hora de su determinación<sup>799</sup>, todos ellos incardinados en el CB, tales como: y el *child grooming* o acoso sexual a menores del art. 183 bis del CP en concurso real con el art. 189 del mismo cuerpo legal<sup>800</sup>; la intrusión o acceso ilícito a datos o programas informáticos ajenos (los llamados *hackers*) tipificado en el art. 197.3 del CP<sup>801</sup>; la estafa informática del art. 248 del CP<sup>802</sup>; los daños informáticos del art. 264 del CP<sup>803</sup>; y el plagio informático de los art. 270.2 del CP<sup>804</sup>.

---

<sup>799</sup> Cfr. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, cit.

<sup>800</sup> CB, cit. Art. 9, se ensambla en el art. 189 del CP: 1. a) *El que utilizare a menores de edad... para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades. (...) b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad..., o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere origen extranjero o desconocido. 2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad... 7. ... el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.*

<sup>801</sup> CB, cit. Art. 2 y 3, se incardinan en el art. 197 del CP: 1. *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación (...).*

<sup>802</sup> CB, cit. Art. 8 apartado b), se incardina en el art. 248.2 del CP: *Los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.*

<sup>803</sup> CB, cit. Art. 4, 5 y 8 apartado a), se incardina en el art. 264.2: *El que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos.*

<sup>804</sup> CB, cit. Art. 10, se reconduce a los art. 270.1: *...quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

La razón fundamental de su creación doctrinal y tipificación encuentra su fuente mediata en la Recomendación R(89) 9, de 13 de septiembre de 1989, sobre delitos en la informática, antes citada, a excepción de las recomendaciones 8, 9 y 10, adiciones del XV Congreso Internacional de Derecho Penal. Estriba en la necesidad de regular expresamente y desde el punto de vista penal *Internet*, ante el ambiente generado en la *Red* de la difícil perseguibilidad de los delitos que en la misma se cometen, por la propia naturaleza del entorno y por la falta de tipificación de las modalidades de comisión y de los medios empleados. Ante este tipo de delincuencia, no es fácil de detectar el ilícito cometido ni la identificación de su autor. España es de los pocos países a nivel mundial que cuenta con unidades especiales para detectar e investigar la comisión de delitos en la *Red*<sup>805</sup>.

### **25.3. El delito *on line* asociado al empleo de las TICs como medio de comisión del delito. «Agravante de publicidad» por razón del medio empleado.**

Bien es verdad que no todo ilícito en que se emplee para su comisión un *dispositivo digital* debe ser considerado como un nuevo tipo delictivo.

El delito *on line* asociado al uso de la tecnología es aquél cuyo elemento medial (las TICs) es el vehículo empleado por el autor para que la figura típica tradicional se consume, por lo que puede afectar o dañar bienes jurídicos ya contemplados en nuestro ordenamiento jurídico penal. Pero no por ello deben ser calificados de «delitos informáticos». Por eso, estas conductas ilícitas perpetradas *on line* se distinguen de los «delitos informáticos» *strictu sensu* en que el elemento central es el medio de comisión, y no el hecho de atentar contra un bien informático.

Los delitos *on line* en general son, por tanto, considerados como conductas delictuales tradicionales, con tipos encuadrados en el CP. Si bien, las TICs son medios que facilitan la publicidad de la información que por la *Red* circula, con una capacidad

---

<sup>805</sup> Cfr. GUARDIA CIVIL: Grupo de Delitos Telemáticos. Disponible en Internet: [https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/home\\_alerta.php](https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/home_alerta.php); POLICÍA NACIONAL: Brigada de Investigación Tecnológica. Disponible en Internet: [http://www.policia.es/org\\_central/judicial/udef/bit\\_alertas.html](http://www.policia.es/org_central/judicial/udef/bit_alertas.html).

de expansión muy elevada, capaz de mantener informada, a golpe de *clic*, a toda la comunidad virtual, de polo a polo en todo el planeta tierra.

El tratamiento penal de estas conductas perpetradas en el espacio virtual se prevé en el art. 30 del CP, al castigar «los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos», en conexión con el art. 211 del mismo cuerpo legal, al referirse a la calumnia y la injuria hechas con publicidad, significando la propagación por medio de imprenta, radiodifusión o «cualquier otro medio de eficacia semejante». Haciendo una interpretación restrictiva de ambos preceptos, podría entenderse que el art. 30 del CP excluiría de su ámbito de aplicación las infracciones penales cometidas a través de *Internet*. Sí, en cambio, el art. 211 del CP, que abarcaría cualquier medio de difusión siempre, eso sí, que se haya lesionado el honor de la víctima en que intervengan elementos propios de calumnia o injuria.

A este respecto, el Tribunal Supremo excluye algunos supuestos de discusión – las manifestaciones verbales ante varias personas-, si bien, dentro del tipo del art. 211 del CP deben entenderse cualquier modo como a través de *Internet* y las nuevas TICs. En estos casos, estaríamos ante una agravante de publicidad, es decir, con vulneración o riesgo de daño del bien jurídico que se protege.

Cuestión distinta ha de ser la ponderación de la sanción a imponer en función de la repercusión que tenga el medio de información o comunicación en que se difunda, aunque se expresen las mismas cosas calumniosas o injuriosas. Entiendo que debe guardar proporcionalidad en relación al alcance y la repercusión del medio donde se difunda.

No puede olvidarse que el poder de las TICs es tan ingente que podría alterar las estructuras más sólidas de nuestro Estado de Derecho. Por eso, la publicidad que conllevan las modalidades delictivas perpetradas en la *Red*, cuando el motivo es bajo y antisocial, se configura como una circunstancia agravante. Pues los medios, modos y formas empleados para lograr mayor impunidad y disminuir la posibilidad de defensa de la víctima –como sucede en el ámbito de las TICs-, son circunstancias que agravan la conducta típica y antijurídica, como sucede con la publicidad de las TICs.

Prácticamente la totalidad de los derechos que se ven fácilmente dañados ante la comisión de conductas delictivas a través de las TICs tienen su fundamento último en la dignidad de la persona, pues conlleva un deber de respeto hacia el otro. Además, la dignidad como cualidad sólo puede ser propia del ser humano. Así lo establece el art. 1 de la DUDH

## **26. Tipología delictiva juvenil *on line* más frecuente.**

### **26.1. El *ciberacoso* o *cyberbullying*.**

De entre las formas de delincuencia *on line* más habituales a través de las TICs entre menores de edad tenemos la emisión de mensajes intimidatorios para ofender, amenazar, insultar, ridiculizar, etc., a otras personas, así como la creación de *páginas web* ridiculizantes entre iguales, de forma continuada. Tales conductas, denominadas *ciberacoso* o *cyberbullying*, se extienden al entorno virtual del menor infractor, bien sea *Internet*, *telefonía móvil*, *redes sociales* o *videojuegos on line* multijugador.

Si bien, no existe acuerdo unánime por la doctrina con respecto a su definición precisa, lo que ha llevado a muchos estudiosos a usar el mismo término *cyberbullying* para referirse a conductas distintas. Todas las definiciones coinciden en la referencia a un daño ocasionado a alguien a través de algún medio electrónico (generalmente el *teléfono móvil* e *Internet*), pero difieren: por un lado, en el hecho de incluir o no la dimensión temporal de tales conductas, es decir, que ocurran de manera continuada en el tiempo, y por otro lado, las características de la víctima, como alguien vulnerable que no puede defenderse fácilmente, reduciendo al acoso escolar entre alumnos la referida conducta.

Desde la perspectiva penal, este tipo de acoso se caracteriza: en primer lugar, por perpetuarse a través de un medio digital; en segundo lugar, excluye de plano las acciones puntuales, de igual modo que un individuo no es víctima de acoso o *bullying* si, de forma aislada, sufre una agresión física o verbal: en estos casos estaríamos ante un

delito de lesiones, de injurias, de vejaciones leves, o de calumnias; y, en tercer lugar, la víctima puede ser cualquier persona.

Algunos autores consideran que el *cyberbullying* es un subtipo o una nueva forma de *bullying*, proponiendo una definición muy restrictiva con el matiz del medio a través del que se consuma –el empleo de las TICs-<sup>806</sup>: es decir, acciones agresivas e intencionadas continuadas en el tiempo, desarrolladas individualmente o en grupo, siendo la víctima alguien vulnerable por no poder defenderse fácilmente<sup>807</sup>. Desde esta perspectiva, únicamente se contemplarían bajo la forma jurídica de *cyberbullying* los casos de acoso escolar entre estudiantes, quedando fuera el maltrato perpetuado entre estudiantes hacia profesores. Por otro lado, si quedan fuera de la conducta de acoso ciertas conductas únicas, puntuales, como colgar un vídeo o una foto, o poner un comentario en una *red social*, esto puede producir un daño de envergadura en la víctima, pero si se trata de una conducta aislada y corta en el tiempo, no se entendería como acoso. Sin embargo, la experiencia enseña que el que sube un vídeo o una fotografía de alguien, con la intención de causar un daño a la víctima, el matiz de la continuidad se encuentra en el tiempo en que permanece colgado en la Red. Sólo en el caso de que hubiera sido denunciado de inmediato, no se daría la conducta propia de *cyberbullying*.

---

<sup>806</sup> Cfr. ERDUR-BAKER, O.: «Cyberbullying and its correlation to traditional bullying, gender and frequent and risky usage of internet-mediated communication tools», en *New Media & Society*, Middle East Technical University, núm. 1, Vol. 12, Ankara, February\_2010. Pág. 109-125; BERAN, T.; LI, Q.: «The relationship between Cyberbullying and School Bullying», en *Journal of Student Wellbeing*, núm. 2, Vol. 1, University of Calgary, Alberta, Canada, 2007. Pág. 15(17-19) a 33; LI, Q.: «Bullying in the new playground: Resourch into cyberbullying and cyber victimisation», en *Australasian Journal of Educational Technology*, vol. 23, núm. 4, Faculty of Education, University of Calgary, Toronto, Canada, 2007. Disponible en Internet: <http://www.ascilite.org.au/ajet/ajet23/li.html>. Pág. 435-454. Citados por: ÁLVAREZ GARCÍA, D.; NÚÑEZ PÉREZ, J. C.; ÁLVAREZ PÉREZ, L.; DOBARRO GONZÁLEZ, A.; RODRÍGUEZ PÉREZ, C.; GONZÁLEZ CASTRO, P.: «Violencia a través de las tecnologías de la información y la comunicación en estudiantes de secundaria», en *Anales de Psicología*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, vol. 27, núm. 1, Murcia, Enero\_2011. Pág. 221(221-223) a 231.

<sup>807</sup> Cfr. CEREZO MUÑOZ, M. F.; ATO GARCÍA, M.: «Estatus social, género, clima del aula y bullying entre estudiantes adolescentes», en *Anales de Psicología*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, vol. 26, núm. 1, Murcia, Enero\_2010. Disponible en Internet: <http://revistas.um.es/analesps/article/view/92131>. Pág. 137-144. Citado por: ÁLVAREZ GARCÍA, D.; NÚÑEZ PÉREZ, J. C.; ÁLVAREZ PÉREZ, L.; DOBARRO GONZÁLEZ, A.; RODRÍGUEZ PÉREZ, C.; GONZÁLEZ CASTRO, P.: «Violencia a través de las tecnologías de la información y la comunicación en estudiantes de secundaria», en *Anales de Psicología*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, vol. 27, núm. 1, Murcia, Enero\_2011. Pág. 221(221-223) a 231.

La gravedad de este fenómeno delictivo viene determinado fundamentalmente por las consecuencias psicológicas muy negativas en la víctima, siempre de mayor gravedad que una agresión física, como consecuencia de la exposición a cualquier *navegante* en la Red del contenido denigrante. De ahí que la pauta que se aplica en las Fiscalías de Menores españolas sea perseguir esta conducta como un delito contra la integridad moral del art. 173 del CP, siguiendo las directrices de la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre tratamiento del acoso escolar<sup>808</sup>. Si bien, puede entrar en concurso con el art. 177 del CP, si se produce lesión o daño para la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, aún cuando los hechos se calificarán separadamente con la pena que corresponda a cada delito o falta<sup>809</sup>.

En el *ciberacoso* o *cyberbullying* se dan todos los elementos que caracterizan la violencia *on line*, gracias –entre otros factores- a la inmediatez y el largo alcance de *Internet*-, que la hacen más peligrosa que la tradicional violencia escolar perpetrada en las aulas, y mucho más sencilla de realizar: como consecuencia del empleo de un medio digital para acosar, facilita el anonimato del agresor; lo que dificulta que la conducta sea fácilmente perseguible y, en consecuencia, castigada; posibilita que el maltrato continúe más allá del centro educativo, pudiendo ser ejercido en cualquier momento, las veinticuatro del día, los trescientos sesenta y cinco días del año; el empleo de las TICs facilita que el agresor no perciba las consecuencias que produce en la víctima la conducta acosadora; y, por último, el acoso puede tener lugar muy lejos del entorno habitual del agresor, haciendo muy difícil el control de los grupos primarios del menor infractor.

De la muestra recogida en la ARRMi, una variable ampliamente analizada ha sido el género, y ello con el fin de detectar qué características definen a la víctima de *ciberacoso*. Otra variable ha sido la relación entre la violencia tradicional y la violencia a través de las TICs. En relación con el agresor: la fuerte relación entre ser agresor en situaciones de violencia tradicional en el colegio –o específicamente de *bullying*- y serlo a través de las TICs, al igual que ser víctima en uno u otro contexto. Si bien, de los

---

<sup>808</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Pág. 1(15-23) a 60.

<sup>809</sup> FGE, Instrucción 10/2005, cit. Pág. 22.



siete países de la Unión Europea estudiados sobre conductas adictivas, afortunadamente España es el país en el que menos situaciones de *cyberbullying* se producen<sup>810</sup>.

La violencia a través de las TICs es menos habitual que la exclusión social y la agresión verbal en entornos reales, pero más que las amenazas con armas o con el acoso sexual. Si bien, la relación y diferencias entre la violencia a través de las TICs y los diferentes tipos de violencia tradicional es muy compleja, y merecería ser más estudiada y en un entorno más acotado (un Instituto, etc.).

Según los datos manejados por la institución del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, el *ciberacoso* o *cyberbullying* entre menores es considerado como uno de los fenómenos más preocupantes de violencia entre iguales<sup>811</sup>. El *bullying* queda circunscrito al ámbito puramente escolar: genera un cruce de miradas, se dan sentimientos, relaciones y hay una respuesta. El acoso en el aula o en el patio queda circunscrito al colegio, pero la víctima llega a su casa con su familia que le protege. Eso no sucede con el *cyberbullying*, del que deriva una consecuencia mucho más perjudicial en aquellos casos en que el acoso se realiza a través de *Internet*: el «efecto bola de nieve», donde muchos de los que verifican la conducta acosadora se van sumando. Personas que acosan en el *espacio virtual* cuando en el mundo real no se atreverían a hacerlo, y donde en la mayoría de las ocasiones no se identifican. Además, con la desprotección que conlleva la Red, pues en el *espacio virtual* el acoso continúa estando aunque la víctima cambie de ubicación, y las consecuencias –especialmente psicológicas- son mucho peores. Y lo que es más grave aún: cuando se trata de un menor víctima, sus grupos primarios son completamente ajenos al acoso que sufre el menor.

Por eso, en el ámbito de la prevención es imprescindible que los adultos enseñemos al menor a ser muy cuidadoso con sus datos personales (nombre, teléfono, dirección, fotografías, centro escolar, etc.), dónde introduce los datos para que aparezcan, y a quiénes los proporciona. Pues una vez que quedan reflejados en el

---

<sup>810</sup> Cfr. II PENIA, cit. Pág. 20. En relación con: ASOCIACIÓN PROTÉGELES: «Research on Internet Addictive Behaviours among European Adolescents », Proyecto de Investigación EU NET ADB, en Safer Internet Programme (SI-2001-KEP-4101007), Comisión Europea, National and Kapodestrian University of Athens, Atenas, 2012. Disponible en Internet: <http://www.eunetadb.eu/es/publicaciones>. Pág. 1 a 12.

<sup>811</sup> Cfr. DEFENSOR DEL MENOR EN LA COMUNIDAD DE MADRID: *Informe anual de 2009*. En: *Niños e Internet: no permitas que hablen con extraños*, ob. cit.

*espacio virtual* se exponen de modo abierto a cualquiera, y es muy difícil dar marcha atrás.

## 26.2. El *sexting*.

La denominación importada del inglés (*sex*-sexo y *texting*-envío de mensajes texto vía SMS a través del *teléfono móvil*) refleja una forma de violencia ejercida a través de las TICs, que sintetiza la fusión de sexo con mensajes o grabaciones a través de un *teléfono móvil* u otro dispositivo tecnológico.

Este fenómeno, de gran actualidad a partir del caso Jessie Logan en 2008<sup>812</sup>, sin duda traerá a la mente del lector la noticia que saltó a la opinión pública española hace escasamente un año, en mayo de 2013: agentes adscritos a la Jefatura Superior de Policía de Castilla-La Mancha detenían a seis menores por difundir, a través de una aplicación de mensajería instantánea, un vídeo y fotografías de contenido sexual protagonizados por dos chicas también menores de edad, ambas inimputables penalmente, una de ellas de trece años y la otra de muy corta edad.

Según se pudo acreditar por la Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional<sup>813</sup>, el vídeo fue grabado y difundido directamente por la menor de trece años, junto con las fotografías que se había hecho a sí misma desnuda. Una vez grabada la información, la envió a un amigo, menor de catorce años de edad, quien a su vez la difundió a otras personas, siendo detenido por un delito de distribución de pornografía infantil. También fueron detenidos otros cinco menores por divulgación de las imágenes.

---

<sup>812</sup> Jessie Logan, una adolescente estadounidense de diecisiete años de edad, se suicidó presa de su propia «travesura». Con su *teléfono móvil* se hizo unas fotos desnuda, que envió a su amigo íntimo, y éste a su vez reenvió las fotos a sus amigos. Cuando Jessie murió, en el suelo de su habitación se encontró el *dispositivo digital* utilizado para hacerse las fotos y enviarlas, algo que nunca debió hacer, y menos aún enviar a nadie dicho material.

<sup>813</sup> La Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional Española, que responde a las siglas BIT, es la unidad policial destinada a responder a los retos que plantean las nuevas formas de delincuencia en el entorno de las tecnologías de la información y la comunicación. Cfr. Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional Española. Disponible en Internet: [http://www.policia.es/org\\_central/judicial/udef/bit\\_alertas.html](http://www.policia.es/org_central/judicial/udef/bit_alertas.html).

Nuestro CP prevé como delito producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer, poseer o facilitar por cualquier medio material pornográfico en cuya elaboración hayan intervenido menores de edad<sup>814</sup>. De ahí que el *sexting* constituye una figura muy novedosa, pues el primer eslabón de la cadena –es decir, la persona menor de edad que se graba así misma en posición erótica- genera voluntariamente el contenido sexual que va a ser –al menos potencialmente- distribuido, exhibido, poseído y difundido. La cuestión estriba en que el envío o publicación de tales imágenes o grabaciones empiezan a difundirse de forma masiva, activándose la «cadena de *sexting*».

En consecuencia, en el *sexting* son varios los elementos a tener en cuenta para analizar el daño potencial que puede sufrir el protagonista de la imagen, y a la hora de depurar responsabilidades de quienes participan en la «cadena de *sexting*». Si bien, es una conducta en la que no interviene coacción, violencia ni intimidación alguna.

En cuanto a la voluntariedad inicial y origen de la imagen, debe matizarse que la imagen tomada voluntariamente y distribuida con consentimiento de su protagonista no causaría problemas, siempre que hablemos de personas adultas. La imagen, por tanto, puede ser producida por el protagonista, por otras personas de forma consciente y consentida por aquél, o interceptadas por un tercero. En el primero de los casos, el mero hecho de realizar la imagen –bien sea un menor de edad o una persona adulta- no estamos ante una conducta delictiva, pues media el consentimiento de quien realiza la imagen. En el segundo de los casos, sería una conducta ilícita para el caso de que en la imagen aparezca un menor de edad y quien produce la imagen o realiza la fotografía sea un tercero –bien sea otro menor de edad o una persona adulta-, aún cuando medie el consentimiento del menor. En este caso estaríamos ante un supuesto de elaboración de material pornográfico, castigado en el art. 189 del CP. En el tercero de los casos, la interceptación de la imagen por un tercero, y, en consecuencia, se entiende que no media consentimiento alguno de quien protagoniza la imagen, en todo caso estaría castigada dicha conducta como un delito de revelación de secretos del art. 197.3 del CP en concurso ideal con un delito de creación y distribución de pornografía infantil del art. 189.1.a) del CP, si se trata de un menor edad.

---

<sup>814</sup> CP de 1995, cit. Art. 189. Cfr. EBERSTADT, M.; LAYDEN, M. A.: «The social costs of pornography. A statement of findings and recommendations». STONER, J. R.; HUGHES, D. M. (Eds.), *The social costs of pornography. A collection of papers*, Witherspoon Institute, Ed. Thomson-Shore, Princeton, New Jersey, 2010. Pág. 1 a 64.

En ocasiones no es fácil definir el contenido de la imagen: es decir, definir la carga sexual y calificarla de inocente, atrevida, erótica o pornográfica. Podría plantear algún problema en cuanto a la identificabilidad de la persona que figura en la imagen. De igual modo, en cuanto a la edad de su protagonista, pues en caso de anonimato no es fácil advertir y definir la minoría o mayoría de edad. Y de igual modo en cuanto a la edad del resto de intervinientes: emisor, distribuidor y receptor de la imagen. En todos estos casos, estaríamos ante supuestos de producción, posesión y distribución de pornografía infantil si el protagonista de la imagen es menor de edad, o de delitos contra la libertad sexual y corrupción de menores, si el menor participa en la «cadena de *sexting*» como poseedor o distribuidor de la imagen.

Si los intervinientes en la «cadena de *sexting*» son menores que, de forma consentida, intercambian fotografías con contenido sexual explícito, igualmente estaríamos ante un supuesto de posesión y distribución de pornografía infantil. Si las imágenes eran preexistentes y entraron en la «cadena de *sexting*» provenientes de otras fuentes de acceso público (*Internet*), o privado (dispositivos de almacenamiento digital: un *teléfono móvil*, una *PDA* o un *pendrive*), estaríamos igualmente ante ilícitos penales atentarios contra la intimidad personal por uso de datos personales o revelación de secretos. En estos supuestos puede apreciarse que el *sexting* puede no reducirse al único ámbito del *teléfono móvil*: lo que nació fuera de un *móvil* puede acabar siendo publicado en la *Red*.

El daño más grave que causa esta conducta delictiva es que para el menor que conscientemente –o da su consentimiento– realiza una fotografía o se graba en vídeo en situación comprometida, no percibe amenaza alguna a su privacidad, se coloca a sí mismo en una situación de vulnerabilidad de consecuencias insospechadas, y puede suponer el inicio de una situación de acoso y hostigamiento público, en muchos casos acompañada de prácticas de *cyberbullying* de las que pueden derivarse otras responsabilidades legales, penales y civiles. No es exagerado señalar que determinadas imágenes protagonizadas por menores puedan llamar la atención de adultos que crean identificar como potenciales víctimas de acoso sexual a esos menores a los que verán como atrevidos, precoces y desafiantes.

Este fenómeno no está tipificado como tal en el CP, pues resulta más que dudoso castigar la voluntariedad inicial del menor que practica el *sexting* –tal y como está concebido en nuestro ordenamiento jurídico español el consentimiento sexual del menor de edad permitido a partir de los trece años-, sí en cambio los elementos objetivos que lo componen: es decir, cuando arranca la «cadena de *sexting*». Lo que se castiga es la difusión de las imágenes a partir del primer eslabón de la cadena que no sea su propio autor, por su contenido sexual explícito y a través del medio utilizado (las TICs), bien sea público o privado. Castigándose como un delito de tenencia y difusión de pornografía infantil del art. 189 del CP<sup>815</sup>.

En España, dos de cada tres menores de edad de entre 10 y 16 años (un 64%) tiene una terminal de *teléfono móvil*, siendo éste el más común de entre los PEDs. Porcentaje que se generaliza entre adolescentes de entre 15 y 16 años (89%). El 88% de estos menores hacen fotografías con su *teléfono móvil*, un 48% las envía a otras personas, y casi un 21% las publica en *Internet*<sup>816</sup>. Un 4% de los menores entre 10 y 16 años dicen haberse hecho a sí mismos fotografías o vídeos comprometidos (no necesariamente desnudos o con contenido erótico) a través del *teléfono móvil*<sup>817</sup>, y el 8% dicen declarar haber recibido en su *teléfono móvil* fotografías o vídeos de otros chicos o chicas conocidos por ellos en posturas comprometidas.

La motivación principal del menor que practica el *sexting* responde más a una diversión mal entendida que al requerimiento de otra persona, caso en que podría concurrir un delito de pornografía y corrupción de menores del art. 189 del CP. Siendo lo más frecuente el envío a la pareja del menor, o ex-pareja, o amigos, lo que aumenta la probabilidad de puesta en marcha de la «cadena de *sexting*». Lo más grave de esto es

---

<sup>815</sup> Sin embargo, desde el año 2009 en los Estados Unidos ya se han presentado proyectos de ley prohibiendo expresamente a los menores de entre 12 y 17 años la transmisión electrónica de fotografías o material gráfico análogo en que se muestren ellos mismos en actividad sexual o estado de desnudez explícitos. Se les castiga como productores de pornografía infantil.

<sup>816</sup> Cfr. OBSERVATORIO INTECO y ORANGE: *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, Madrid, Abril\_2010. Pág. 1(75-82) a 153. Disponible en Internet: [http://www.inteco.es/Estudios/Estudio\\_moviles\\_menores](http://www.inteco.es/Estudios/Estudio_moviles_menores); OBSERVATORIO INTECO: *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TICs en niños y niñas adolescentes y e-confianza de sus padres*, Madrid, 2009. Disponible en Internet: [http://www.inteco.es/Estudios/Estudio\\_ninos](http://www.inteco.es/Estudios/Estudio_ninos), Madrid, Marzo\_2009. Pág. 1 a 174.

<sup>817</sup> Cfr. OBSERVATORIO INTECO y ORANGE: *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, ob. cit.

que los padres o tutores desconocen por completo el actuar del menor que practica *sexting*.

A nivel europeo, se está avanzando en la regulación de este fenómeno, junto con el *child grooming* y la pornografía infantil *on line*. En concreto, la Decisión Marco 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (DOUE núm. L 335/1, de 17 de diciembre de 2011), por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DOUE núm. L 13, de 20 de enero de 2004); y el Convenio de Lanzarote<sup>818</sup>.

No puede olvidarse que el hecho de que un menor de edad adopte conductas sexuales inapropiadas, agravada por su falta de sensibilidad que conlleva su exposición a otras personas de esa manera, puede acarrear para el propio menor muchos riesgos a nivel psicosocial, que pueden derivar en amenazas entrelazadas para el propio menor, lo que deberá tenerse en cuenta por los grupos primarios de ese menor.

---

<sup>818</sup> Convenio nº 201 para la protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007. Firmado y ratificado por España mediante Instrumento de 4 de noviembre de 2010 (BOE núm. 274, de 12 de noviembre). En la Tercera Cumbre en Varsovia, en mayo de 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa se comprometieron con la erradicación de toda forma de violencia contra los niños y su explotación sexual, realizando acciones específicas, y elaborando instrumentos jurídicos. Para dar seguimiento a esta decisión, en 2006, el Comité de Ministros confió al Comité Europeo para los Problemas Criminales (conocido como CDPC) la tarea de analizar la implementación de los instrumentos internacionales existentes sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, con miras a evaluar la necesidad de un nuevo instrumento internacional, y, de ser necesario, su elaboración. El 25 de octubre de 2007, en Lanzarote se abrió a la firma el instrumento más avanzado y completo a nivel internacional sobre la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales, con un amplio consenso entre los Estados miembros. El 1 de julio de 2010 entró en vigor el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, ratificado por 10 Estados miembros, y firmado por 32. La naturaleza innovadora del Convenio y su valor agregado residen en su enfoque multidisciplinario. Tiene por objeto prevenir la explotación sexual infantil y el abuso sexual de los niños, y proteger a los niños víctimas de estos delitos, y procesar a sus perpetradores. Se trata de un instrumento completo y dinámico, ya que aborda los distintos aspectos de la lucha contra el crimen sexual e instaura un mecanismo de seguimiento para ayudar a las partes a cumplir sus compromisos. Los Estados que no son miembros del Consejo de Europa pueden, bajo ciertas condiciones, adherirse al Convenio, al igual que la Unión Europea.

### 26.3. El ciberacoso sexual a menores o *child grooming*.

En España, la protección de la infancia en el ámbito de los delitos contra su libertad e indemnidad sexual, se va perfilando en las sucesivas reformas penales como un bien jurídico colectivo y supraindividual, en sí mismo considerado, precisado de protección, con independencia del bien jurídico individual del menor de edad víctima de este tipo de delitos<sup>819</sup>. El Tribunal Supremo así lo ha reconocido en abundante jurisprudencia<sup>820</sup>.

Con la modificación del CP de 1995 mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, se introduce la nueva figura delictiva del *child grooming*, considerada como uno de los poquísimos «delitos informáticos» tipificados como tales en nuestro CP<sup>821</sup>. Y ello ante la necesidad de adaptar nuestra norma penal a la legislación internacional: el art. 34 de la CDN de 1989<sup>822</sup>; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000<sup>823</sup>. En el ámbito del Consejo de Europa: la Recomendación

---

<sup>819</sup> Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 104, de 1 de mayo). Añade al Tít. VIII del Libro II denominado «De los delitos contra la libertad sexual», los términos «indemnidad sexuales», por lo que se incorpora un nuevo concepto al bien jurídico protegido abarcado por el título independiente «De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», complementario de la mera libertad sexual; Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre, cit. Modifica los art. 179, 182 a 189. «Su contenido tiende a tutelar el proceso de formación del niño en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, para evitarle que sea sometido a prácticas que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del menor». Vid. DOLZ LAGO, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, núm. 7575, Secc. Doctrina, Año XXXII, Ref. D-85, Ed. La Ley, Madrid, Febrero\_2011. Pág. (1) a 22; FERNÁNDEZ TERUELLO, J.G.: *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011. Pág. 1(116-119) a 287. Por último: Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil. Disponible en Internet: [https://extension.uned.es/archivos\\_publicos/webex\\_actividades/4863/consumidorjdc7.pdf](https://extension.uned.es/archivos_publicos/webex_actividades/4863/consumidorjdc7.pdf). Pág. 1(2-4) a 30; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. Afecta a los art. 178, 182.1, 183, 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192.1 y 3.

<sup>820</sup> TRIBUNAL SUPREMO: STS núm. 6401/2006 (Sala Segunda), de 20 de septiembre [RJ 2006/6401], y otras más.

<sup>821</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. El acoso sexual a menores a través de la *Red* del art. 183 bis agrupa, junto con el art. 183, un nuevo Cap. II Bis del Tít. VIII del Libro II.

<sup>822</sup> CDN, cit. Art. 34:

<sup>823</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, cit. Art. 2: *b) la utilización de un niño (o niña) en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución...* Definición del término de pornografía infantil: art. 2.c): *toda representación, por cualquier medio, de un niño (o niña) dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes*

R(87)1065, relativa al tráfico de niños y otras formas de exploración infantil; la Recomendación R(90)1121, de 1 de febrero de 1990, relativa a los derechos de la infancia; la Recomendación R(91)11, del Comité de Ministros, sobre explotación sexual, pornografía y tráfico de niños y jóvenes; la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la exploración sexual de los niños; y la Recomendación (2001)16, de 31 de octubre de 2001, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la protección de los niños contra la exploración sexual. A nivel de la Unión Europea: la Acción Común 96/700/JAI, de 29 de noviembre de 1996, del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños; la Resolución 1099 (196), de 25 de septiembre de 1996, relativa a la explotación sexual de los niños; la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños; la Decisión 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet; la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la exploración sexual de los niños y la pornografía; y la Decisión Marco 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil<sup>824</sup>.

Y es que «la extensión de la utilización de *Internet* y de las *tecnologías de la información y la comunicación* con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo art. 183 bis mediante el cual se regula el internacionalmente denominado *child grooming*, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño»<sup>825</sup>.

---

*genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.* Forma parte de nuestro ordenamiento interno en virtud del art. 96 de la CE.

<sup>824</sup> Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DOUE L 013, de 20 de enero de 2004). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:ES:HTML>.

Sustituída ya mediante Decisión Marco 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (DOUE núm. L 335/1, de 17 de diciembre de 2011), cit.

<sup>825</sup> LO 5/2010, de 22 de junio, cit. EM, XIII. Cfr. CP, cit. Art. 183 bis.



La tipificación de este nuevo fenómeno delictivo lo que castiga son el conjunto de estrategias que una persona adulta u otro menor de edad desarrolla para ganarse la confianza de un menor de edad a través de *Internet*, con el fin último de obtener concesiones de índole sexual mediante imágenes pornográficas o eróticas del menor contactado, pudiendo llegar incluso a un encuentro personal con la víctima en cuestión, pudiendo derivar en una agresión o abuso sexual al menor. De ahí que reciba la denominación –también importada del inglés– de *child grooming* o *Internet grooming*, por tratarse, en definitiva, de un acoso sexual a menores a través de la *Red*. De un acercamiento lleno de empatía, o a través de engaño, se pasa al chantaje para obtener imágenes comprometidas del menor, hasta poder llegar a cometer un delito de agresión o abuso sexual.

Esta figura delictiva, que criminaliza únicamente los actos preparatorios al propósito sexual, generalmente entra en concurso con un delito de pornografía infantil del art. 189 del CP. Siendo la práctica empleada más habitualmente por pedófilos y pederastas<sup>826</sup>. El delincuente procede contactando con el menor a través de foros, *chats*, *redes sociales*, etc. Suele hacerse pasar por alguien más joven, enmascarándolo tras una posible relación de amistad o buscando o intereses afines con el menor.

Resulta de capital importancia realizar un breve análisis de lo que conlleva la tipificación de este fenómeno delictivo, pues no sólo será castigada la persona que directamente «utilizare a menores de edad con fines pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte»<sup>827</sup>, bien sea para uso propio<sup>828</sup>, bien respecto de todo aquél que «vendere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad, o los poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en

---

<sup>826</sup> Cfr. GIL RUBIO, J.: «Pedofilia virtual», en *Diario La Ley*, núm. 6961, Ed. La Ley, Madrid, Junio\_2008; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Colección Monografías de Derecho Penal, núm. 4, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2005. Pág. 1(480-481) a 514.

<sup>827</sup> CP de 1995, cit. Art. 189.1.a).

<sup>828</sup> CP de 1995, cit. Art. 189.2.

el extranjero o fuere desconocido»<sup>829</sup>, o hubiere empleado «su voz o imagen alterada o modificada»<sup>830</sup>.

En consecuencia, el *child grooming* se compone de las siguientes fases: el contacto y acercamiento del agresor con un menor de edad a través de *Internet*. El tipo material exige que el infractor acompañe actos materiales de acercamiento: es decir, no basta el mero *chateo* entre el infractor y el menor, sino que ha de realizar actos materiales para ganarse su confianza (por ej. envío de fotografías o vídeo de un menor de 14 años, mostrarse ligero de ropa fingiendo ser él, proponerle al menor que a continuación haga lo mismo, etc.), generalmente fingiendo ser conocido por el menor. Y así se va ganando la confianza del menor, poco a poco; la práctica de sexo virtual: es decir, el agresor, en el transcurso de dicho contacto, logra del menor el envío de fotografías comprometidas, el encendido de la *webcam*, que pose desnudo o en posición erótica, etc.<sup>831</sup>; situación de *ciberacoso* del agresor hacia el menor si éste se niega a ceder a las pretensiones lascivas del infractor, mediante amenazas de difusión de imágenes en *red social* de gran impacto o el envío a los contactos del menor; perpetración de agresión sexual<sup>832</sup> o abuso sexual<sup>833</sup> o corrupción de menores<sup>834</sup>, ante la presión ejercida por el infractor hacia el menor, llegando incluso a contactar físicamente víctima-agresor, y éste abusar sexualmente de aquél.

Se prevén penas agravadas cuando el agresor utilizare coacción, intimidación o engaño, por lo que en muchas ocasiones la comisión de *child grooming* conlleva ya el tipo agravado en el agresor.

Al respecto, debe señalarse lo siguiente: el art. 189 del CP castiga cuatro conductas: la utilización de un menor en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, la utilización de un menor en la elaboración de material pornográfico en cualquier tipo de soporte, el tráfico o su favorecimiento de pornografía infantil, y la financiación de

---

<sup>829</sup> CP de 1995, cit. Art. 189.1.b).

<sup>830</sup> CP de 1995, cit. Art. 189.7.

<sup>831</sup> A la grabación de vídeos de contenido sexual a través de la *webcam* se le conoce como *sex-casting*, conducta a la que generalmente se añade la difusión de los mismos por e-mail o redes sociales.

<sup>832</sup> CP de 1995, cit. Art. 178 y ss.

<sup>833</sup> CP de 1995, cit. Art. 181 y ss.

<sup>834</sup> CP de 1995, cit. Art. 189.

dichas actividades. Lo que guarda íntima relación con la protección de carácter internacional en el ámbito europeo que contiene el CB<sup>835</sup>.

A la vez, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico exige de los sitios web en España el cumplimiento de unos requisitos en aras a establecer un control acerca de los contenidos circulantes y almacenados, así como la exigencia de responsabilidad civil, penal y administrativa<sup>836</sup>. Aún cuando no existe una legislación de carácter internacional que proteja un enfoque global.

No puede olvidarse que, aún cuando el *child grooming* ya está tipificado en nuestro ordenamiento jurídico como forma delictiva independiente, sin embargo, se dan múltiples problemas anejos que plantea su persecución eficaz, la aplicación de legislaciones diferentes según la procedencia de las personas implicadas, o los medios de investigación precisos vinculada a las TICs. Cuestiones éstas que darían para otro estudio de investigación. No obstante, remito al lector a los objetivos impulsados por el II PENIA en esta materia, de gran utilidad<sup>837</sup>.

---

<sup>835</sup> CB, cit. Art. 23.

<sup>836</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio). A la que de ahora en adelante me referiré como LSSI-CE. Secc. 2, Cap. II., Art. 13 a 17. En concreto: que el prestador de servicios *on line* responsable del sitio web esté establecido en España, que el prestador del servicio *on line* ofrezca sus servicios a través de un establecimiento permanente en España, y que el sitio web –con independencia de su propiedad y alojamiento fuera de España, dirija sus servicios específicamente al territorio español. Desgraciadamente, los fallos de seguridad que permiten la pornografía infantil son numerosos. En 2011 saltó a la opinión pública la denuncia de un particular usuario habitual de Twitter, *red social* de máximo impacto en España. Se denunciaba la explotación de las empresas de sus redes sociales –como Twitter-, sin asumir ninguna responsabilidad acerca de la información que alojan. Muchas de ellas operan bajo legislación americana, la cual les responsabiliza de los contenidos de su *red* desde el momento en que conocen la existencia de dichos contenidos, que suele ser a través de denuncia de un usuario. La dirección de correo electrónico a que deben dirigirse las denuncias es: [cp@zendesk.twitter.com](mailto:cp@zendesk.twitter.com). El problema es que no basta con tirar dicha información –es lo que hacen- cuando reciben una denuncia, sino que deben eliminarse además los *followers* (las cuentas no son desactivadas ni retiradas); al no tener obligación de denunciarlo, se limitan a enviar dicha información a una empresa –Missingkids- en la que el gobierno americano ha delegado esta tarea de control y denuncia de este tipo de información. En consecuencia, lo que un usuario no ve en la *red social*, aunque el contenido pornográfico esté colgado, la empresa de dicha *red social* no quita esos contenidos. Como consecuencia de ello, en comunidades *on line* cerradas, les permite traficar con ese tipo de información todo el tiempo que quieran, puesto que sus usuarios no lo van a denunciar. Pero es que además, la reincidencia entre cuentas desactivadas tampoco es controlada por la empresa de la *red social*. Cfr. <http://menores.osi.es/padres-madres>, martes 29/11/2011.

<sup>837</sup> Cfr. II PENIA, cit. Pág. 43-44 y 63.

## **27. Los *videojuegos*, apología de la violencia y fuente generadora de violencia.**

El entretenimiento basado en la violencia es un fenómeno persistente a lo largo de la historia de la humanidad. Basta recordar que los ciudadanos romanos del viejo Imperio acudían al circo para entretenerse con las luchas de gladiadores, o viendo cómo los leones u otra clase de bestias devoraban a los fieles cristianos de la época. En nuestros días, algunos deportes son esencialmente violentos –como el boxeo o el kárate–, o proyecciones cinematográficas aptas para mayores de dieciséis años ofrecen no pocas imágenes violentas. Y es que la violencia es una táctica innata a la condición humana, presente en nuestra memoria genética, herramienta que utilizamos –las más de las veces de forma inconsciente– para controlar el entorno.

La experiencia constata que muchos de los *videojuegos* que están presentes en el mercado actual llevan, como uno de sus principales ingredientes, la violencia virtual. Dependerá del producto si hace apología de la violencia o no, aunque no sea su intencionalidad inmediata. La realidad es que algunos emplean la violencia para comunicar un mensaje pacifista, para justificar su uso en mayor o menor medida, o sencillamente porque sí, sin que los productores del juego en cuestión se hayan planteado siquiera si es o no violento.

Sin embargo, no hay estudios empíricos que demuestren que los juegos violentos sean fuente generadora de violencia. Ahora bien, aunque no haya datos empíricos al respecto que avalen la estrecha relación entre violencia y *videojuego* violento, la mera observancia de la realidad me dice que existe un nexo concluyente entre *videojuego* y *violencia* cuando comprobamos que el jugador en ese *videojuego* violento no es un mero espectador del juego, sino que ejerce activamente la violencia: son prácticas configurativas, y no interpretativas. Esto no ocurre con el cine o la literatura, en que la violencia es pasiva. Por tanto, el consumo como la práctica de la violencia –aunque sea una violencia virtual– insensibiliza y cauteriza nuestros mejores sentimientos. Máxime cuando se trata de un menor de edad. Pues no olvidemos que, aunque efectivamente hay *videojuegos* que no son infantiles, de lo que nadie duda es que, en principio, los *videojuegos* se crean pensando en un público infantil. De ahí la mayor cautela que debe

tenerse en los juegos virtuales. Aunque el consumo gratuito de violencia hace daño tanto a un menor de edad como a una persona adulta.

También es un hecho constatado de la pura observancia que el menor de hoy vive bajo una saturación de violencia de cotas elevadas, inducida por los distintos medios de comunicación e información. Expertos en psicología y conducta humana señalan que los adolescentes y jóvenes viven una agresividad convulsiva agravante, debido a los factores sociales existentes. Todo parece apuntar a que el consumo de violencia alienta en el comportamiento humano estereotipos que desencadenan actos crueles. Y ello, insisto, aunque no haya estudios fehacientemente demostrados<sup>838</sup>.

Aunque muchos se empeñen en cuestionarlo, o valorar el grado de violencia «al peso», valga la expresión, la realidad es que cualquier persona que vea un charco de sangre en la pantalla, sin más matices, de forma automática lo va a identificar con un acto violento, cuando ciertamente y con carácter objetivo no tendría por qué. Sin embargo, lo identificamos. Es verdad que la violencia en el juego puede ser un mero conducto, y no el tema principal –salvo excepciones<sup>839</sup>–, la propia trama justifica esa violencia.

En 1999, tras la masacre en Columbine High School en Columbine (Colorado), los familiares de las víctimas del tiroteo demandaron a 25 empresas de *videojuegos* a las que culparon de las muertes. Algunas de ellas fueron objeto de una exhaustiva revisión ya que los informes desvelaron que los tiradores de Columbine podrían haber sido

---

<sup>838</sup> Célebre la sentencia de 27 de junio de 2011 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso “Brown”. Se llevó a cabo una investigación psicológica sobre la relación entre juegos violentos como fuente generadora de violencia, resolviéndose que dicha investigación en sí era «poco convincente». Uno de los argumentos utilizados por la Corte Suprema fue, por un lado, reconocer que todos los estudios realizados coinciden en una correlación entre consumo de *videojuego* violento y agresión en la vida real, si bien el porcentaje obtenido no es suficiente como para frenar la industria del *videojuego*.

<sup>839</sup> Elenco de los *videojuegos* más violentos en el mercado: *Manhunt* (la trama gira en torno a la realización de una empresa de tabaco. Su protagonista, James Earl Cash, es un asesino convicto, a merced de un director que lo manda a matar. Sus armas van desde pedazos de vidrios hasta bates de béisbol, machetazos o escopetas); *Thrill Kill EEUU* (derramamiento de sangre en Gears of War. El volumen de sangre en el juego es tan grande que deja al jugador nadando en un mar de sangre roja. Catalogado como sólo para adultos); *Grand Theft Auto* (permite golpear con un bate de béisbol a quien pasea tranquilamente por la calle, matar civiles al azar, robar vehículos, etc. Lo grave de este juego es que permite al jugador comportarse con absoluta libertad, sin sometimiento a normas de ningún tipo, en un entorno que imita a la perfección la vida real); *Soldier of Fortune*.

influenciados por un *videojuego* en que se ofrecía la posibilidad de disparar a varios objetivos para ir acumulando puntos<sup>840</sup>.

En España, el primer suceso violento asociado a los medios tecnológicos que conmocionó a la opinión pública fue el «crimen del asesino de la katana» en el año 2000, cometido por un menor aparentemente normal, aficionado hasta su adicción a un *videojuego* –el *Final Fantasy VIII*–, influido por un personaje virtual –*Squall*–, al que incluso se parecía físicamente. El menor llevó la historia del *videojuego* a la realidad, asesinando a sus padres y a su única hermana al mismo tiempo. Se dijo que fue su padre –una de sus víctimas– quien compró el *videojuego* al chico. Deberíamos preguntarnos: ¿alguien advirtió a ese padre de lo que compraba, y que sería el desencadenante de lo que más tarde propiciaría su muerte, junto con la de su mujer y su hija? ¿No valdría la pena asegurar, desde instancias comerciales, los contenidos de los *videojuegos* y otros medios digitales de entretenimiento de nuestros menores? ¿Y si la cadena de producción y distribución del letal *videojuego* –desde su creador a la empresa que lo patenta, la que lo distribuye, y la que lo vende– respondiera solidariamente de los daños con resultado de muerte causados por el menor? Sinceramente, ¿no es más positivo recrear principios positivos que mostrar la peor parte de la condición humana?

Los *videojuegos* violentos pueden causar alteraciones importantes en los usuarios, sobre todo cuando pierden la noción de la realidad y se sumergen en la ficción. Aunque también es verdad que no todos los jugadores tienen la misma vivencia de la violencia. Pero tratándose este estudio de la violencia juvenil, es un hecho sobradamente constatado tanto por la Psicología como por las ciencias penales que la adolescencia ostenta un perfil definido mucho más susceptible a la influencia de los mensajes violentos en los medios que los adultos. Los *videojuegos* actúan como un factor de riesgo generador de violencia, al igual que la educación, o los trastornos. Pero sin duda pueden surgir como detonantes bajo ciertas circunstancias<sup>841</sup>.

---

<sup>840</sup> Eric Harris y Dylan Klebold, dos jóvenes fanáticos del *videojuego Doom*, abren fuego hacia sus compañeros de Instituto, cobrándose la vida de 15 personas. Si bien, ya a mediados de los años 70 sale al mercado el juego *Death Race*, adaptación no autorizada de la película con el mismo título que reta al jugador a atropellar al mayor número de peatones para alcanzar el mayor número de puntos.

<sup>841</sup> Los *videojuegos* están entre los productos de entretenimiento más fáciles de controlar por los padres. Pero, teniendo en cuenta que el promedio de edad del jugador habitual se sitúa en los 34 años de edad, es razonable concluir que los *videojuegos* por lo general no están diseñados para niños. Es por eso que, al igual que como sucede con las películas o los programas de televisión, desde 1994 hay clasificaciones por edades y de contenidos del juego realizadas por la Entertainment Software Rating Board (ESRB), en

## 28. Adicción a las TICs y medidas de seguridad. El «botellón electrónico»<sup>842</sup>.

En el lenguaje coloquial se usa el término *ciberadicto*, *teleadicto*, *videojuegoadicto*, *moviladicto*, etc., que definen a esas personas «enganchadas a las pantallas» por el uso desmedido y abusivo que hacen de las mismas, y que está dando lugar a nuevas patologías psicosociales –las *ciberpatologías*–, tanto en menores de edad como en adultos.

Para explicar estas adicciones se ha acuñado el término «botellón electrónico», para referirse al conjunto de pantallas (televisión, *lap top*, *videoconsolas*, *teléfonos móviles*) que el menor consume a diario en la «república independiente» de su dormitorio, separado por una pared de su entorno familiar, pero que le aísla peligrosamente del medio familiar, escolar y social, sin que ese aislamiento garantice en absoluto su salud, ni su seguridad. El «combinado» de grandes dosis de *televisión*, *Internet*, *videojuegos* y *teléfono móvil* puede «colocar» al menor tanto o más que un botellón de alcohol.

La peculiaridad del «botellón electrónico» es que no molesta a los vecinos a altas horas de la madrugada, ni produce desórdenes callejeros. El menor que hace «botellón electrónico» está siempre en casa, no sale por las noches, ni va a la discoteca con sus amigos. Es llamativamente hogareño para la idea convencional de adolescente rebelde: prefiere quedarse en su habitación con su *lap top*, su *smartphone* y sus *videojuegos*, que le apasionan. Está en la habitación de al lado, pero instalado en un mundo ficticio. Los días pasan y pasan, y las paredes de la «república independiente» de su habitación son cada vez más gruesas e impenetrables. Nos lo cruzamos por los

---

España denominada Junta de Clasificación de Software de Entretenimiento. Las clasificaciones de los *videojuegos* aparece en el embalaje del mismo, con unos símbolos de clasificación y descriptores de contenido. Ello permite a los padres decidir qué *videojuego* es apto para sus hijos. Cfr. [www.esrb.org](http://www.esrb.org).

<sup>842</sup> El término «botellón electrónico» fue acuñado por el Prof. Paulino Castells, Doctor en Medicina y Cirugía por la Universidad de Barcelona, especialista en Pediatría, Neurología y Psiquiatría, para referirse al exceso de tiempo que pasan los menores delante de las pantallas de todo tipo, sin tener ningún adulto que le controle.

pasillos de casa y parece que nos encontramos con un extraño. Si habla, lo hace con monosílabos; si le preguntamos, contesta con un «no me ralles».

El consumo de PEDs de forma ininterrumpida y desmedida puede considerarse con una «droga dura», por los efectos perniciosos que causan en el consumidor, máxime tratándose de un menor de edad en evolución. Le convierten en presa fácil para el embotamiento mental, el bloqueo de la facultad de pensar, el aislamiento, la apatía general, etc. La psicología alerta de los riesgos más próximos de adicciones comportamentales, fundamentalmente ante «la instantaneidad y sentimiento de dominio que genera el mundo de la informática (y la tecnología) y que limita el desarrollo de autocontrol»<sup>843</sup>.

La adicción a la tecnología del *ciberadicto*, ante la presión que ejerce sobre él su impulso incontrolado de uso de las TICs, o de estar «conectado» en todo momento, va configurando esa situación de permanente de conexión hasta convertirla en conducta. Existen estudios que avalan los criterios de diagnóstico para la adicción a las TICs (IAD)<sup>844</sup>. Su pionero, el norteamericano Ivan Goldberg, quien en 1995 propuso ya unos criterios similares a los utilizados en el diagnóstico por abuso de sustancias, como son: un patrón desadaptativo de uso del *dispositivo digital* en cuestión o la *Red*, expresado en algún momento por tres o más de los *items* a que a continuación me voy a referir, y siempre durante un período continuado, como mínimo, de doce meses: a) tolerancia: implica la necesidad de incrementar considerablemente el tiempo invertido en el uso de ese dispositivo o de conexión: a mayor tiempo «conectado», más satisfacción encuentra; b) abstinencia: agitación psicomotora, ansiedad, pensamientos obsesivos sobre *Internet*, o el *videojuego*, etc., movimientos de tecleo involuntario, fantasías o sueños acerca de las TICs, etc., muy similares a los síntomas típicos del «síndrome de abstinencia» que padece el consumidor de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; c) un uso de las TICs cada vez más frecuente, o pasando más tiempo «conectado»; d) la persistencia o los esfuerzos fallidos de control o interrupción del uso de las TICs; e) el cese o reducción de actividades de tipo social, asistencial, recreativa, etc., a causa del uso de

---

<sup>843</sup> Vid. MELIÁN GARCÍA, A.; CABANYES TRUFFINO, J.: «Salud mental». En: CABANYES, J; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, cap. IX, EUNSA, 3ª ed., Pamplona, 2012. Pág. 11(117)-125.

<sup>844</sup> Las siglas significan *Internet Addiction Disorder*.



las TICs; f) el incremento del tiempo invertido en actividades relacionadas con las TICs<sup>845</sup>.

El perfil de un menor *ciberadicto* responde al siguiente patrón: se trata de un menor de edad de entre once y veintiún años de edad, que pasa la mayor parte del tiempo recluído en su habitación o en el salón de juegos, extasiado ante la pantalla, con los ojos enrojecidos, mudo, «desconectado» de lo que acaece al otro lado de la puerta. Se trata de un individuo de débil integración individual y serias dificultades de comunicación con los demás<sup>846</sup>. Al igual que un drogodependiente, no quiere o no se da cuenta de que arrastra un serio problema. Es la adicción *tecnológica* una adicción silenciosa que transforma la manera de sentir, de ver el mundo y de relacionarse con los demás<sup>847</sup>. A los adultos de su entorno les cuesta mucho reconocer que su hijo tiene una dependencia a la pantalla, porque el «enganche» a las TICs no sale de la habituación, ni hace ruido, ni crea alarma social.

Puede concluirse que el perfil adictivo a las TICs –el *ciberadicto*– es extrapolable al del que padece otro tipo de adicción (drogas, alcohol, juego, etc.), pues su grado de dependencia al producto *digital* puede ser alto, y en muchos casos llega a ser total hasta padecer un auténtico «síndrome de abstinencia» si se le priva de un *sopORTE digital* o de conexión a *Internet*. Sin perder de vista el riesgo que existe de que el *ciberadicto* reaccione con violencia ante la privación de tal consumo<sup>848</sup>.

---

<sup>845</sup> Cfr. ANTÓN FRUCTUOSO, P.: «Conductas adictivas». CABANYES, J; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, Cap. XXXIII, EUNSA, 3ª ed., Pamplona, 2012. Pág. 387(390-391)-394.

<sup>846</sup> Cfr. ANTÓN FRUCTUOSO, P.: «Conductas adictivas», ob. cit. Pág. 387-394.

<sup>847</sup> El Hospital Policlínico Gemelli (Roma, Italia) ha sido pionero en el impulso de una Unidad Ambulatoria dedicada a la IAD para el tratamiento de la dependencia patológica de *Internet*, considerado la vanguardia a nivel europeo y mundial. Dirigido por el Psiquiatra Dr. Federico Tonioni, especialista en toxicomanía y disturbios del comportamiento en la adolescencia. «La adicción a *Internet* es un problema cada vez más frecuente, sobre todo en los más jóvenes. Puede llegar a constituir una patología que hay que incluir en el campo de las dependencias del comportamiento, una enfermedad caracterizada por un uso distorsionado y excesivo del *ordenador* y de *Internet*». Este especialista señala que son cinco los tipos de adicción a la *Red*: *cibersexual* (dependencia del sexo virtual o la pornografía), *ciber-relacional* (relativa a las redes sociales), *net-compulsivo* (adicción a los juegos de azar, compras *on line*, etc.), *adicción a las descargas* (búsqueda compulsiva de información), y *dependencia a la pantalla* (relacionada con los *videojuegos*). El Dr. Tonioni asegura que nueve de cada diez pacientes son menores adolescentes, que presentan una adicción a los juegos por *Internet*, mientras que tan solo un 10% responde a otro tipo de trastorno de los detallados. A parte de los cada vez más frecuentes casos de adicción a las TICs, son muchos más los casos que permanecen en situación sumergida, y no piden ayuda porque muchos padres están desorientados y no saben cómo comportarse. Vid. TONIONI, F.: *Cuando Internet se convierte en una droga. Lo que los padres deben saber*, Roma, 2011.

<sup>848</sup> También denominadas «adicciones sin drogas», referidas a aquellas conductas que, en determinadas personas –quizá más vulnerables– pueden generar unas pautas de comportamiento muy similares a la

Pueden detectarse problemas de adicción a las TICs cuando el menor miente sobre el tiempo que ha dedicado a «navegar» en *Internet*, si está más irritable cuando no está «conectado», el descuido de la vida familiar, escolar o social, o el pensar siempre en las TICs cuando está haciendo otras cosas. Igualmente si el uso de las TICs es progresivo en detrimento de su rendimiento escolar, la comunicación familiar disminuye, sus facetas intelectuales y afectivas comienzan a ser dominadas por la apatía, la pasividad o el pensamiento carente de crítica. Si el deseo de «conexión» se convierte en obsesivo, la consecuencia es que el individuo se aísla, interrumpe su interacción social real y termina por alterar los ritmos naturales necesarios para un sano desarrollo humano. No olvidemos que la edad escolar y la adolescencia es el momento más propicio para convertirse en un *ciberadicto*<sup>849</sup>.

En Fiscalía de Menores llegó a mis manos un caso verdaderamente escalofriante. Acudió al Servicio de Orientación Jurídica un matrimonio de mediana edad: él médico de familia en Ambulatorio, ella enfermera en Hospital público. Habían sido citados por el Juez de Menores para defenderse de la denuncia que habían puesto ellos mismos contra uno de sus hijos de 16 años, por un presunto delito de maltrato familiar habitual. Según me contaron, el menor había dado un giro de 360° en su comportamiento cotidiano desde hacía un año. Por Navidad los padres regalaron a sus tres hijos (trillizos) una *videoconsola* para jugar. Pensaron que podía ser un buen medio de entretenimiento y ocio entre ellos, que les alejara de otros peligros que hay en la calle

---

dependencia de sustancias psicoactivas. Son conductas muy vinculadas a la impulsividad y a la falta de control. Desde una perspectiva terapéutica, los expertos en psicología proponen programas de intervención con el *ciberadicto* como los siguientes: el control de estímulos, el afrontamiento del *craving* mediante la exposición prolongada a los estímulos suscitadores de la tensión mediante la prevención de respuesta, el entrenamiento en pautas de conducta alternativas, y las estrategias de resolución de problemas. Cfr. ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: *¿Adicciones sin drogas? Las nuevas adicciones: juego, sexo, comida, compras, Internet*, Ed. Desclee de Brouwer, Bilbao, 1999.

<sup>849</sup> La UNESCO ha alertado sobre el alto índice de consumo de las TICs en los países desarrollados, en especial en el menor de edad. Los últimos datos estadísticos revelados en el estudio EU Kids Online II en el marco de su programa *Safer Internet*, presentado en Madrid en 2011, son los siguientes: 97 son los minutos que consume a diario un adolescente de entre 15 y 16 años; los menores de 9 y 10 años pasan ya 45 minutos al día *on line*. La edad de mayor precocidad de acceso a *Internet* son menores de 7 años de edad, aún cuando la media es de 9 años. El 42% de los menores españoles se conectan a *Internet* en su habitación, sin vigilancia de los padres. Cfr. LIVINGSTONE, S.; HADDON, L.: *EU Kids Online II*, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2009-2011, cit. Igualmente: ASOCIACIÓN PROTÉGELES: «Research on Internet Addictive Behaviours among European Adolescents», ob. cit. Fuera del espacio europeo, el país con más *internautas* del mundo es China, con 338 millones de usuarios, superando a toda la población de Estados Unidos y más de siete veces la española. Siendo el único país que, a día de hoy, reconoce en la adicción a las TICs una enfermedad mental.

entre chicos de su edad. Sus tres hijos podrían jugar juntos, vivir un compañerismo sano, llevar –en definitiva– una vida más saludable, en familia. Al cabo de un breve espacio de tiempo, las llamadas del Instituto comenzaron a ser frecuentes poniendo en conocimiento de los padres que dos de los tres hijos faltaban a clase con asiduidad, aunque uno de ellos llegaba al Instituto a media mañana, pero el otro no. Al mismo tiempo, observaron que el menor denunciado continuaba *jugando* con el ordenador, cuando sus hermanos lo habían abandonado para realizar las tareas escolares. El rendimiento académico bajó considerablemente hasta perder el curso. Ante las llamadas de atención de los padres, este menor no atendía a las indicaciones de los padres, empleando expresiones insultantes hacia ellos, y en alguna ocasión amenazantes. Tras varios episodios desagradables, y dada la actitud del menor, en una de tantas discusiones, el padre desconectó el cable del ordenador. Momento en que el menor se dirige a su padre con insultos y comienza a agredirle con una fuerte carga de agresividad, resultando gravemente lesionado. La madre salió igualmente mal parada, al intentar frenar el enfrentamiento entre padre e hijo. El caso terminó con sentencia de condena para el menor acordándose una medida judicial de internamiento en régimen semiabierto durante un año y una medida de libertad vigilada por nueve meses más. Así como una orden de alejamiento del domicilio familiar durante el tiempo transcurrido en régimen de internamiento.

En sede judicial se supo que prácticamente todos los *videojuegos* habían sido comprados por el menor en la tienda FNAC, a donde acudía a jugar todas las mañanas, en vez de ir al Instituto. Casi siempre acompañado por un hermano, aunque éste dejaba el juego al rato para ir a clase. Los padres comprobaron que su hijo estaba «enganchado» a los *videojuegos*.

Habrà que plantearse si el uso adictivo de las TICs puede llevar a producir conductas penalmente reprochables como consecuencia de la *adicción tecnológica*, y si se demostrara que llegó a producir alteración en la percepción de la realidad, arrebató, obcecación y otro estado pasional de entidad semejante suficiente, podría ser considerada una eximente o atenuante por analogía de la responsabilidad criminal<sup>850</sup>.

---

<sup>850</sup> CP de 1995, en su última modificación mediante LO 5/2010, de 22 de junio, cit. Art. 20 y 21.

**HACIA UN «MODELO SOCIAL DE RESPONSABILIDAD»  
DEL MENOR INFRACTOR**

**IX. REFUERZO DE LAS LÍNEAS DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA  
DE DERECHO PENAL JUVENIL.**

**29. Efectividad del interés superior del menor como principio inspirador y  
garantía de toda la normativa penal juvenil.**

En su origen, el «interés del menor» era un asunto de carácter privado –el *favor minoris* del Derecho Romano– al margen de la regulación de los asuntos públicos, sobre el que los padres ejercían toda potestad. Si bien, resulta paradójico que a pesar del avance que ha supuesto el reconocimiento público de los derechos de la infancia y su protección, a lo largo de su desarrollo se experimenta la necesidad de limitar la facultad del Estado para intervenir en materia de menores, especialmente en el ámbito del sistema punitivo del menor de edad.

De todo lo visto a lo largo de los capítulos anteriores, se aprecia que la aprobación de la CDN de 1989, cuyo principio rector y guía es el del «interés superior del menor», es la culminación de todo un proceso progresivo en el tiempo de reconocimiento y protección de los derechos del menor desarrollado durante el siglo XX<sup>851</sup>. Es más, su art. 41 subraya la necesidad de que la legislación en materia infantil

---

<sup>851</sup> Sirva destacar como antecedentes: Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Cfr. SOCIEDAD DE NACIONES: Declaración de los Derechos del Niño, aprobada en Ginebra en su V Asamblea, el 26 de diciembre de 1924. Art. 3: *El niño debe ser el primero...*; ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Declaración de los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XV), de 20 de noviembre de 1959. Disponible en Internet: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386\(XIV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386(XIV)). Principio 2: *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984). Art. 5:

y juvenil encuentre su raíz en la protección jurídica universal de todo individuo, pues, en definitiva, emana de la doctrina universal de los derechos humanos<sup>852</sup>. Secundado por la CEDN de 1992, en su art. 24, en que se declara el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su libertad, y erige el interés superior del menor en una «consideración primordial» en cualquier asunto relativo a un menor de edad llevado a cabo «por autoridades públicas o instituciones privadas».

En puridad, el principio del «interés superior del menor» significa el «derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social»<sup>853</sup>. No obstante, este principio del «interés superior del menor» no escapa a la interpretación ambigua y torticera de muchos, como consecuencia de su carácter universal y relativo según las distintas culturas a que debe adaptarse. Sin duda, este principio se convierte en un instrumento de gran utilidad para llenar lagunas o vacíos legales, tanto para la promulgación de nuevas normas jurídicas, como para decidir en cuestiones en que no exista una norma expresa.

Ahora bien, el «interés superior del menor» no es un principio meramente inspirador de la decisión de la autoridad competente, sino una garantía en tanto que la limita, obliga y exige imperativamente, aún cuando adquiera un nuevo significado al contenerse en el art. 3 de la CDN, pues viene a reforzar la tutela efectiva de los derechos que la Convención consagra, en concreto la especial protección del menor de edad en cuanto a la plena satisfacción de sus derechos<sup>854</sup>. Lo eleva a la categoría de norma

---

*1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. En el mismo sentido el art. 16.1.d).*

<sup>852</sup> CDN de 1989, cit. Art. 41: *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte, o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.*

<sup>853</sup> CDN de 1989, cit. Art. 27.1.

<sup>854</sup> CDN de 1989, cit. Art. 3: *1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas*

fundamental, con un rol jurídico bien definido, cuya proyección –la plena satisfacción de sus derechos- debiera ir más allá del ordenamiento jurídico. Lo que no significa que se trate de un principio, no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.

En consecuencia, el «interés superior del menor» ostenta la finalidad de iluminar al Juez o autoridad competente en sus decisiones sobre el menor de edad, para que tome la decisión más beneficiosa sobre el mismo, en estricta sujeción a los derechos de los niños sancionados legalmente en la CDN de 1989. Por eso, una concepción garantista de este principio supera cualquier definición reduccionista de este «interés del menor», bien sea de carácter psicosocial en que se identifica con la madurez, bien sea de carácter jurídico en que se identifica con la capacidad de obrar del menor. Ello muestra la utilidad de este principio en el contexto de un nuevo impulso en el reconocimiento de los derechos del menor.

En España, dicho impulso ha quedado plasmado en la elaboración del Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia, en sus dos períodos temporales: para 2006-2009, prorrogado hasta 2010, que surge como respuesta a una recomendación del Comité de los Derechos del Niño de 2002 en la que se subraya la necesidad de formular una estrategia global para la infancia sobre la base de los principios y disposiciones de la CDN<sup>855</sup>; y para 2013-2016, cuya aprobación supone una verdadera apuesta de situar a la infancia como prioridad de la agenda política<sup>856</sup>. Ambos, que se sustentan –entre otros principios- en el «principio del interés superior del menor», se han aprobado con la intención de favorecer una cultura de cooperación entre las instituciones públicas y privadas comprometidas en la promoción y defensa de la infancia y adolescencia, como respuesta a los nuevos retos que se plantean en relación con su bienestar; así como dar un efectivo cumplimiento a la CDN de 1989, pero teniendo en cuenta no sólo los derechos, sino también los deberes y responsabilidades del menor de edad.

---

*adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

<sup>855</sup> Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia, cit. Pág. 17-18.

<sup>856</sup> Cfr. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia, cit. Pág. 1 a 68.

En el contexto de este estudio, resulta de gran interés este «principio del interés superior del menor» para arbitrar conflictos jurídicos de derecho, recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Es el caso del art. 37 apartado c) de la CDN del 1989, en relación a la privación de libertad del menor en recinto cerrado pero separado de los adultos. Aún cuando se garantiza la separación del menor infractor en el cumplimiento de las medidas judiciales en régimen de internamiento, sin embargo, deja abierta la posibilidad de que se tome una decisión judicial distinta «a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño», es decir, atendiendo a la circunstancia en que se afecte ese interés superior del menor<sup>857</sup>.

Quizá en este punto, las legislaciones nacionales debieran determinar una serie de requisitos para aplicar dicho principio y en qué términos si entra en confrontación con la reserva judicial, siempre que se pruebe la imposibilidad de satisfacción conjunta de sendas pretensiones; así como se restrinja la posibilidad de aplicar medidas sobre el menor que atenten contra su derecho a la libertad personal o integridad. Una correcta aplicación de este principio en sede judicial va a requerir un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que puedan resultar afectados por la decisión que adopte el Juez. Por lo que el criterio a seguir deberá inclinarse a la adopción de aquella medida que asegure el mayor número de derechos del menor, y la menor restricción de los mismos.

En materia penal, la ponderación del «interés superior del menor» ha de justificar la disminución al mínimo posible de la intervención penal sobre el menor infractor, por lo que queda reforzado el principio de subsidiariedad de la intervención legal y la naturaleza mínima de la intervención penal<sup>858</sup>. Bien es verdad que, no por eso, condene la aplicación de medidas judiciales sobre el menor infractor por las que se les restringe su libertad ambulatoria juntamente con la separación de su entorno familiar

---

<sup>857</sup> CDN de 1989, cit. Art. 37: *Los Estados Partes velarán porque: c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.*

<sup>858</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 276-277.

–sanciones punitivas *strictu sensu* como la privación de libertad-, siempre que se reserve para los casos más graves, es decir, el Derecho penal debe reservarse para ciertos comportamientos muy graves, intolerables en adultos. Dependerá, precisamente, del «interés superior del menor», tal y como prevé el art. 9.3 de la CDN de 1989<sup>859</sup>. En consecuencia, ni la respuesta primera al comportamiento conflictivo del joven o menor es la respuesta penal, ni penal debe denominarse el modelo de responsabilidad de jóvenes y menores o la ley que lo instrumente»<sup>860</sup>.

En nuestro Derecho penal de menores, tal y como señala la EM de la LORRPM, ha de primar el «superior interés del menor», como elemento determinante en el procedimiento en que se enjuicia la responsabilidad penal del menor infractor como en las medidas judiciales a aplicar<sup>861</sup>. Este interés se valora «con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales»<sup>862</sup>, como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia, sobre los que no cabe discusión alguna, en virtud del art. 24 de la CE.

### **30. Falsos planteamientos.**

#### **30.1. Minoría de edad penal.**

La determinación de la edad legal para que el menor sea imputable penalmente afecta exclusivamente a los presupuestos del sistema, no al contenido del mismo, ni a su calidad, ni a sus consecuencias y efectos. Pues lo trascendental es el sistema mismo: qué finalidades persigue, qué medidas y técnicas de intervención arbitra, cómo se articulan y aplican, a través de qué mecanismos procesales y con qué suerte de garantías, qué impacto producen en el menor infractor, etc. Por eso la polémica

---

<sup>859</sup> CDN de 1989, cit. Art. 9.3: *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

<sup>860</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 277.

<sup>861</sup> LORRPM, cit. EM, 11 en conexión con el punto 7 párrafo 2.

<sup>862</sup> LORRPM, cit. EM, 7 párrafo 2.



suscitada en la opinión pública sobre si debe imputarse penalmente la comisión de un delito o falta a un menor de edad, o si debe rebajarse la edad penal a la actualmente establecida fijada en los catorce años, debe pasar a un segundo plano, pues lo que importa es el contenido del sistema: sus consecuencias y efectos en el menor infractor.

Desde el punto de vista criminológico y político-criminal, hablar de minoría de edad penal tiene una enorme trascendencia, lo que exige entrar en el contexto subjetivo del menor infractor y conocer las diversas operaciones cognitivas que discurren en el mismo, con independencia del sistema concreto y definitivo que se adopte, «porque la respuesta que se arbitre a la problemática suscitada por estos infractores no puede ser un mero sucedáneo o remedio de la que se dispense a los adultos, ni tampoco una simple atenuación de la misma, sino una respuesta *ad hoc* ajustada a las características y exigencias singulares del fenómeno contemplado»<sup>863</sup>.

En España, como en muchos países de nuestro entorno, la distinción de franjas de edad para exigir una mayor o menor responsabilidad penal responde a criterios biológicos apriorísticos y rígidos en virtud del dato objetivo de la edad, aún cuando en muchos países se opta ya por fórmulas más flexibles. El menor imputable según el art. 1 de la LORRPM será sometido al imperio de la ley ante la comisión de un ilícito penal. Ahora bien, el Juzgador, a quien corresponde en última instancia decidir sobre el paradero del menor infractor, no debe olvidar que el proceso de comunicación e interacción en cada menor es distinto, pues las adquisiciones cognitivas (sus capacidades, habilidades, etc.), que contribuyen a su madurez individual y a su integración social (el aprendizaje y la socialización) son distintas en cada individuo. Algo que la Psicología Evolutiva ha demostrado sobradamente, en cuanto a la naturaleza procesual de la madurez del individuo. Afirma que la «adolescencia» es una realidad compleja, pluridimensional, difícil de captar con criterios exclusivamente biológicos rígidos, mecánicos en su interpretación, como sucede con la edad<sup>864</sup>. Oscila de entre los doce y los veintiún años: es decir, es el puente evolutivo entre la infancia y la edad madura, que cuenta con un soporte biológico pero también con un sutil

---

<sup>863</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 264.

<sup>864</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 270-272.

entramado psicológico y social que le dota de un perfil *sui generis*, complejo y pluridimensional, que va más allá del dato objetivo de la edad.

Ahora bien, la estricta minoridad penal está constituida por el período de edad correspondiente a la primera etapa de vida del hombre y en el que, por falta de elementos sustanciales sobre los que se sustenta la imputabilidad, no es considerado capaz de Derecho penal<sup>865</sup>. Por eso, la menor edad constituye una causa de inimputabilidad.

Las reflexiones de este estudio se circunscriben al infractor que no ha alcanzado la mayoría de edad, es decir, el menor de edad imputable penalmente. Como ya ha quedado expuesto, no deja de ser paradójico que la aplicación de la «ley del menor» también vaya dirigida a aquellos mayores de edad de entre dieciocho y veintiún años – los «jóvenes» del art. 69 del CP- que delinquieron siendo menores, es decir, son responsables del actuar ilícito que cometieron cuando tenían entre catorce y diecisiete años cumplidos<sup>866</sup>. Y ello a pesar del período de *vacatio legis* y posterior derogación del art. 4 de la LORRPM. En realidad, la ley se aplica al menor infractor imputable penalmente, en virtud de los art. 1 y 3 (a *sensu contrario*) de la LORRPM. ¿Y ello en aras a un «superior interés» del que fue menor infractor?, porque se prolongan sus efectos cuando ya ha alcanzado la mayoría de edad, pero delinquiró siendo menor, o continúa cumpliendo medida judicial habiendo cumplido dieciocho años<sup>867</sup>. Un «superior interés del menor» que ya no es tal, sin embargo se entiende que es más

---

<sup>865</sup> Cfr. PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, ob. cit. Pág. 9; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: «La minoría de edad penal», ob. cit. Pág. 385-454.

<sup>866</sup> LORRPM, cit. EM, 10 párrafos 1 y 2, y DF 1ª en relación con el art. 69 del CP; Art. 4. Demorada su aplicación durante dos años, desde su entrada en vigor por la LO 9/2000, de 22 de diciembre, y posteriormente hasta el 1 de enero de 2007 por la LO 9/2002, de 10 de diciembre; y derogada su aplicación por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, cit. en relación con la Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, de la FGE. Confirmado por las STS 502/2007, de 7 de junio y 508/2007, de 13 de junio, cit.

<sup>867</sup> LORRPM, cit. Art. 5: 3. *Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de menores; y 14: Mayoría de edad del condenado.* En conexión con: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2000, de 18 de diciembre, cit. Un estudio pormenorizado sobre los art. 19 y 69 del CP de 1995: cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. MORALES PRATS, F. (Colab.), Ed. Thomson-Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2007; CARMONA SALGADO, C.: «Comentario al artículo 19 del nuevo Código Penal». COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, EDERSA, Madrid, 2000; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», ob. cit.

beneficioso para él. Lo que demuestra «el erratismo político-criminal, esto es, la indefinición o ausencia de modelos claros en materia de jóvenes y menores»<sup>868</sup>.

Comparto la opinión de los autores García-Pablos de Molina y Cuello Contreras quienes señalan que no son razones relacionadas con la capacidad de culpabilidad las que justifican la irresponsabilidad penal del menor tal y como la concibe el CP, sino otras de índole criminal. Ambos autores coinciden en señalar que la existencia de un Derecho penal juvenil obedece fundamentalmente a dos razones de política criminal: por un lado, por debajo de cierta edad –el ordenamiento jurídico español la establece en los veintiún años- el individuo es más fácilmente reconducible que una persona adulta, ostentando la educación un papel fundamental por el que cabe apostar; y por otro lado, por debajo de dicha edad es más difícil controlar el impulso violento que en una persona adulta, a quien la experiencia ha enseñado a reaccionar. Ello justifica que algunos comportamientos de menores y jóvenes sean especialmente violentos, pero –las más de las veces- se deben a la inmadurez. Un factor el de la inmadurez cada vez más común en todo tipo de menores infractores, provengan de familias desestructuradas o de familias acomodadas. A penas hay diferenciación, únicamente en la tipología delictiva.

El «hecho diferencial» de la criminalidad de menores y jóvenes implica abordar una cuestión muy conflictiva, cuya solución puramente eventual se encuentra sembrada de dudas y vacilaciones, como corresponde a la particular dinámica delictiva que caracteriza a este tipo de delincuencia. No en vano, ésta ha sido, es y será siempre para el especialista una materia de estudio particularmente resbaladiza y llena de incógnitas por despejar, debido, en esencia, al dato biológico de la corta edad que distingue a este particular elenco de infractores, quienes, a pesar de haber cometido un delito o una falta, estando como están inmersos en un proceso evolutivo de desarrollo personal, aún sin terminar, ni pueden ni deben recibir el mismo tratamiento sancionador que prevé la legislación penal ordinaria para los delincuentes adultos, en base a las razones educativas y resocializadoras, ya mencionadas<sup>869</sup>. Ahora bien, la cuestión estriba en que

---

<sup>868</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 256.

<sup>869</sup> Cfr. CARMONA SALGADO, C.: «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», ob. cit. Sobre la minoría de edad y la responsabilidad penal de los menores: Cfr. DOLZ LAGO, M. J.: *Comentarios a la legislación penal de menores*, ob. cit. Pág. 27-34 y 41-52; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la L.O. 5/2000, de 12 de enero», ob. cit. Pág. 73-169;

el modelo actual de responsabilidad, tal y como está concebido, no llega a responsabilizar al menor infractor.

Los estudios científicos de la psicología de menores y jóvenes infractores permiten ponderar los efectos previsibles de cada tipo de sanción, y escoger las más adecuadas en cada caso. En concreto, está demostrada la aflictividad del reencuentro del menor infractor con su víctima, y la comprobación directa, personal e inmediata por el menor del daño causado, a consecuencia de la fragilidad cognitiva del «adolescente», pues sus rudimentarios mecanismos de autojustificación se desmoronan al darse de bruces con la realidad quedando desprotegidos frente al complejo de culpa. Sin embargo, el efecto redentor de dicho reencuentro ostenta un resultado positivo en un altísimo porcentaje de los casos, evitando la reincidencia y facilitando que la criminalidad del menor se frene. Lo que pone de manifiesto que en la mayoría de los menores infractores, la violencia ejercitada es ocasional, como lo demuestra la «paradoja de Rubin». De igual modo, las sanciones privativas de libertad interfieren negativamente en el proceso de socialización del menor infractor, pues aún cuando no deba prescindirse del estímulo aversivo ante la comisión de un ilícito penal, sin embargo, el impacto traumático en el «adolescente» es devastador, salvo casos muy puntuales de consolidación de la carrera delictiva en el menor infractor<sup>870</sup>.

En el Cap. IV de este trabajo he tratado de demostrar cómo la edad criminológica del menor está muy por debajo de la edad de responsabilidad penal fijada en los catorce años cumplidos, ante la rápida y creciente incursión de las nuevas TICs en la vida del menor, que estimulan la precocidad del menor en varios aspectos, como la «normalización» del comportamiento irregular y la generación de un tipo de «violencia potencial» asociado al empleo de las TICs. El menor de edad ha integrado *Internet* en su vida mucho más allá de las funciones recreativas que con las que tal relación suele asociarse, y a las que se añaden otras como la información, la integración y la socialización, el acceso a la industria cultural, a la formación, etc. Sin embargo, la

---

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: «Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores», ob. cit. Pág. 1 a 28; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: «La minoría de edad penal», ob. cit. Pág. 385-454; RODRÍGUEZ DE VESA, J. M.: «Problemática jurídica de la delincuencia de menores», ob. cit. Pág. 213.

<sup>870</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 265-266. En conexión con: *Manual de Criminología*, ob. cit. Pág. 164.

realidad social de una mayor precocidad en el menor no parece justificar la rebaja de la edad del menor infractor, pues las nuevas formas de delincuencia no las frena el sometimiento del menor al peso de la ley sino un eficaz y rehabilitador modelo de responsabilidad.

La hipótesis de partida se confirma a través del trabajo teórico y de campo de la presente investigación, de modo que puede concluirse que el menor imputable penalmente mantiene unas pautas de uso a través de las TICs que describen nuevos patrones de ocio (relación, asociación, socialización) y de acercamiento a la vida que han sido descritos. Dichas pautas no son arbitrarias sino reflexivas y dan lugar a nuevas costumbres generalizadas en los menores y jóvenes que se debaten entre la simplificación, la automatización lúdica y la estandarización de tareas que las TICs imprimen, y una creciente del tiempo libre a la carta y no dirigido, la educación integral (intercultural, multimedia, interdisciplinar e interactiva) y el trabajo en red, más interactivo, personalizado, independiente y creativo como forma de realización en un mundo interdependiente. De ahí que el porcentaje de adolescentes que se implican en comportamientos irregulares –ahora a través de la Red- sigue siendo elevado, y el medio de comisión a través de las TICs ha incrementado.

Pero la solución sigue siendo la misma: no criminalizar la Red, sino en responsabilizar al menor de sus actos.

### **30.2. Superprotección en la jurisdicción de menores.**

En nuestro ordenamiento jurídico, la primera y esencial reflexión criminológica y político-criminal de esa especial protección de los menores infractores la ofrece el propio art. 19 del CP de 1995, al remitir al menor infractor a una ley de responsabilidad penal especial, distinta a la aplicable a los adultos<sup>871</sup>. Ello no ha hecho más que

---

<sup>871</sup> CP de 1995, cit. Art. 19: *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.* Precepto en vigor desde el 13 de enero de 2001, conforme a la DF 7ª punto 1 de la LORRPM.

instrumentalizar una respuesta jurídica al problema de la delincuencia juvenil, pero sigue una asignatura pendiente<sup>872</sup>.

Existen otras normas de intensa tutela en lo concerniente al menor infractor, por ser sujetos de especial vulnerabilidad en virtud de su minoría de edad, y en los que se entiende que cualquier proyección de su vida es muy posible que incida desfavorablemente en el desarrollo de su personalidad.

El art. 24 de la LORRPM, en consonancia con la normativa internacional<sup>873</sup>, establece el secreto del expediente de reforma incoado al menor infractor, siempre que así lo solicite el Ministerio Fiscal, el propio menor o su representante penal, o quien ejercite la acción penal, total o parcialmente, durante toda la instrucción o tan sólo un período limitado de ésta<sup>874</sup>. El que deba ser acordado por el Juez de menores en resolución motivada encuentra su concordancia en los art. 301 y 302 de la LECrim para el secreto de sumario, y el art. 232 de la LOPJ<sup>875</sup>. Aún cuando pueda parecer contradictorio con el principio de publicidad previsto en el art. 120.1 de la CE, exigencia básica del proceso para salvaguardar las garantías de las partes y evitar su indefensión, sin embargo, el art. 24 de la LORRPM no supone una limitación al referido principio de publicidad, sino una limitación al derecho o garantía de contradicción de las partes en el proceso de menores<sup>876</sup>. En fase de instrucción, el proceso judicial no es público, de ahí que no afecte al principio de publicidad, simplemente al derecho de las partes a conocer la marcha del procedimiento para ejercitar su derecho de defensa.

---

<sup>872</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 265-266. En conexión con: *Manual de Criminología*, ob. cit. Pág. 256.

<sup>873</sup> CEPDHLF de 1950, cit. Art. 6.1; PIDCP de 1966, cit. Art. 14.1; «Reglas de Beijing» de 1985, cit. Regla 8; CDN de 1989, cit. Art. 40.

<sup>874</sup> LORRPM, cit. Art. 24: *El Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada.*

<sup>875</sup> LOPJ, cit. Art. 232: 1. *Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.* 2. *Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.*

<sup>876</sup> Cfr. STC 36/1991, de 14 de enero, cit. FJ 6º.

Esta limitación encuentra su expresión en el art. 35 de la LORRPM, que dispone que «en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación»<sup>877</sup>. A nadie escapa las consecuencias del impacto que ofrece el menor infractor y la gran influencia de los *mass media*, de gran accesibilidad para los usuarios. El simple hecho de que se transmitan datos, por insignificantes que sean, que permitan relacionar al menor infractor con un sujeto pasivo de un delito grave ya es una intromisión ilegítima<sup>878</sup>. Ello origina la existencia de juicios paralelos que ocasionan un verdadero daño al menor infractor, por muy culpable que sea.

Por otro lado, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre los criterios de aplicación de la «ley del menor», ya admitió la celebración de la vista *in absentia* del menor infractor, aún cuando la LORRPM ni la prohíbe ni la regula, pero por la aplicación supletoria de la LECrim, si bien con carácter excepcional y en aras a la protección del interés del menor<sup>879</sup>. Para lo cual se exige: que el menor infractor haya sido oído durante la instrucción, que el Fiscal instructor lo solicite expresamente en su escrito de acusación, que el Juez de menores entienda que existen elementos suficientes para su enjuiciamiento sin necesidad de su presencia, que la defensa sea oída en aras a los principios de oralidad y contradicción, y que la medida solicitada no exceda de dos años si es privativa de libertad, o de seis años cuando se trate de una medida de distinta naturaleza. El Fiscal advertirá personalmente al menor infractor de tal circunstancia si no comparece, requiriéndole para que designe un domicilio en España, a efectos de notificaciones o una persona que la reciba en su nombre.

---

<sup>877</sup> LORRPM, cit. Art. 35: 2. *El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada –siempre el menor infractor- o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación.* 3. *Quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley, habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido, en los términos que establezca el Juez de Menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar.* Cfr. CEPDHLF de 1950, cit. Art. 6; PIDCP de 1966, cit. Art. 14; CDN de 1989, cit. Art. 40; «Reglas de Beijing», cit. Regla 15.

<sup>878</sup> Por poner algún ej. bien conocidos para la opinión pública: el Rafita, asesino de una menor deficiente, con a penas 14 años recién cumplidos, con antecedentes de actuaciones ilícitas desde los trece años; el Cuco, condenado por encubrimiento en el crimen de Marta del Castillo; el asesino de la katana, quien como consecuencia de su adicción a un *videojuego*, mató a sus padres y única hermana en la misma secuencia del crimen.

<sup>879</sup> Cfr. LECrim, cit. Art. 786 en relación con los art. 775 y 793; FGE: Circular 1/2000, cit.

Cabe recurso de anulación al amparo del art. 793.2 de la LECrim, de aplicación supletoria a la jurisdicción de menores.

Postura reforzada por la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de 2006, y ello por varios motivos: para evitar dilaciones indebidas y retrasos en el inicio del tratamiento educativo y socializador del menor infractor, para prescindir de la adopción de medidas cautelares en algunos casos, para neutralizar la victimización secundaria del ofendido por el actuar ilícito del menor infractor, y para evitar el posible daño procesal derivado de un decaimiento de las fuentes de prueba<sup>880</sup>.

Comparto la opinión de Montero Hernanz quien señala que, aún cuando el sometimiento del menor infractor al enjuiciamiento conlleva un posible efecto pedagógico, sin embargo, el contenido educativo por excelencia se contiene en la

---

<sup>880</sup> Cfr. FGE: Circular 1/2007, cit. En relación con: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ATC núm. 148/1999, de 14 de junio. Disponible en Internet: [http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/AUTO/1999/148#complete\\_resolucion](http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/AUTO/1999/148#complete_resolucion). FJ 7º: *Los recurrentes consideran vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en la dimensión que garantiza los derechos a la defensa y a ser oído, por la circunstancia de que el acto de audiencia se celebró sin la presencia de los menores a que estaban debidamente convocados, pese a la protesta de su Letrado. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la indefensión es la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 89/1986, 145/1990), siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o trascendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, 155/1988, 145/1990, 188/1993, 185/1994, 89/1997, 186/1998). Como ya ha quedado indicado, para que la indefensión alcance la categoría de vicio constitucional es preciso que sea imputable al órgano judicial, de modo que no se produce tal defecto cuando la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente aceptada por él o si le fue imputable por el propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (SSTC 48/1984, 68/1986, 58/1988, 166/1989, 50/1991, 167/1992, 103/1993, 334/1993). Con la anterior doctrina resulta claro que, desde la perspectiva constitucional, no se produjo en este caso la indefensión denunciada. En efecto, los recurrentes ni siquiera discuten que los menores no hubieran sido convocados al acto de la audiencia, sino que lo aceptan expresamente. Luego, su incomparecencia se debió al desinterés o a la falta de diligencia de ellos o de sus padres como representantes. En consecuencia, no procede imputar al Juzgado lo que sin duda corresponde asumir a los propios recurrentes de amparo. Por lo demás, los intereses de los menores estuvieron defendidos debidamente en los diferentes momentos del proceso: en la instancia, el Letrado que asumía su defensa y que era el padre de uno de ellos estuvo presente y pudo formular protestas y toda clase de alegaciones; y también quedó garantizado un juicio de segunda instancia, puesto que se interpuso un recurso de apelación, que fue tramitado y resuelto, sin que ni siquiera los recurrentes le achaquen algún defecto que produjera indefensión. Se han cumplido así las exigencias requeridas para los juicios de faltas por la STC 135/1997, fundamento jurídico 7.º, y que mutatis mutandis son aplicables al proceso reformador de menores; es decir, se ha garantizado suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio mediante la oportuna citación previa, así como en cualquier caso la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal o, en este supuesto, frente a la imposición de una medida de seguridad.*



medida a imponer, mucho más que en cualquier acto procesal, que considera ontológicamente instrumental<sup>881</sup>.

En la adopción y ejecución de las medidas rige el principio de flexibilidad previsto en la EM de la ley, lo que conlleva que la medida judicial que se imponga al menor infractor debe ser aconsejada por las circunstancias del caso concreto, debiendo primar el interés superior del menor, y de la evolución personal del menor durante la ejecución de la misma. En consonancia con este principio general, el art. 7 de la LORRPM determina que para la elección de la medida adecuada se debe atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor<sup>882</sup>. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida judicial –bajo el auspicio del Informe del Equipo Técnico-, así como el plazo de duración. Aún cuando la elección de la medida también presenta otros condicionantes recogidos en los art. 8, 9, 10 y 11 de la LORRPM<sup>883</sup>.

### **30.3. «Intervenir» no es «internar».**

El lector debe partir de la base de que el presente trabajo no contempla la vertiente protectora *strictu sensu* del menor de edad prevista en la LOPJM, sino que se circunscribe a la dimensión punitiva del modelo de intervención penal juvenil, que, de acuerdo con la EM de la LORRPM, es de naturaleza esencialmente sancionadora, pretendiendo ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, pero sin lograrlo<sup>884</sup>. Y ello bajo el paraguas de la normativa internacional en materia de menores infractores: las «Reglas de Beijing» de 1985, las

---

<sup>881</sup> Cfr. MONTERO HERNANZ, T.: *Legislación penal juvenil comentada y concordada*, ob. cit. Pág. 173-175.

<sup>882</sup> LORRPM, cit. Art. 7: 3. *Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el art. 27 de la presente Ley. El juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.*

<sup>883</sup> Cfr. LORRPM, cit. Art. 8, 9, 10 y 11.

<sup>884</sup> Cfr. LORRPM, cit. EM, 7.

«Directrices de Riad» para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990, las «Reglas de La Habana» para la protección de los menores privados de libertad de 1990, y la Recomendación R(87) 20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, ampliamente citadas en este trabajo. Especial mención merece la CDN de 1989, en concreto sus art. 37 y 40.

No cabe duda que a través del control se pretende mantener el orden social, es decir, que el menor infractor no vuelva a protagonizar acciones que perturben la pacífica convivencia del resto de los ciudadanos. Pero tales medios no son propiamente los preventivo-especiales que inspiran la normativa juvenil. Desde mi experiencia profesional con menores infractores tanto en la Fiscalía de Menores como en los Centros de Reforma de la Comunidad de Madrid donde los menores cumplen medidas judiciales, será a través de la intervención socioeducativa desde la que se puedan ejercer acciones eficaces para conseguir cambios conductuales estables en el menor infractor, que posibiliten que adquiera las capacidades personales que le permitan una adecuada integración social. Es decir, que «el sistema que se arbitre de responsabilidad de jóvenes y menores ha de orientarse a la positiva socialización e integración de aquéllos evitando todo impacto antipedagógico en dichos procesos». Pensemos que en la inmensa mayoría de los casos, el menor lleva a cabo una conducta desviada a consecuencia del fracaso de los grupos primarios y del sistema educativo, como queda demostrado con las teorías del aprendizaje y de criminología social a las que me he referido.

Debe reconocerse a la «Ley del Menor» actualmente vigente el impulso dado a la intervención educativa en el medio social, lo que supone una forma coherente y eficaz de afrontar la resolución de los conflictos propiciados por el menor infractor, superando la medida de internamiento en un centro de reforma como la única forma de reinserción social del menor. Ciertamente, la legislación penal juvenil ha consolidado un sistema de intervención más garantista y respetuoso con los derechos fundamentales constitucionales, en lo que también ha influido la mayor especialización de los operadores jurídicos para ayudar al menor infractor en su integración social.

Ahora bien, aún cuando la motivación última que justifica la intervención es el superior interés del menor, «la intervención legal no debe conceptualizarse *a priori*

como una intervención exclusivamente tuitiva, correccional, protectora, pedagógica»<sup>885</sup>. Se corre el peligro de concebir la jurisdicción penal juvenil como una intervención pedagógica prescrita en pro del bien del menor pero ajena a toda garantía. Tampoco valdría una intervención sólo represiva, a lo que fue muy proclive el correccionalismo, que hace que se opere con una imagen del menor infractor despectiva, degradante e incapaz de hacer frente a sus responsabilidades. Es, en realidad, la imagen que desgraciadamente ofrece la ley penal juvenil: ante determinado hecho tipificado como delito o falta se actuará de la forma que prevé la LORRPM y su Reglamento de Ejecución olvidando la conceptualización previa de dicha intervención.

La particular psicología del «adolescente» abre muchas expectativas y posibilidades en orden a la «intervención», es decir, al tratamiento y a la ejecución de la sanción. Determinados objetivos pedagógicos y ciertas técnicas de intervención acreditan éxitos razonables en la terapia de menores infractores. La clave está en determinar qué se espera de la «intervención» con estos infractores y cómo conseguir las metas perseguidas con el tratamiento. Esto, sin duda, es un reto que reclama diagnóstico científico previo y certero de la psicología de jóvenes y menores.

La intervención con menores infractores que no conozca el componente represivo propio del sistema penal conlleva inconvenientes y riesgos adicionales, «porque ningún proceso pedagógico o socializador está en condiciones de prescindir del estímulo aversivo: del castigo. Sin un elemental componente represivo no cabe imaginar el funcionamiento realista y eficaz de aquéllos»<sup>886</sup>. Lo expresa muy bien Pantoja García: «el concepto de imputabilidad distinta para menores y adultos, la respuesta distinta para menores que adultos, la exclusión de la cárcel para los menores y los trabajos para la integración social de éstos a través de la sanción, que se constituye en el vehículo mediante el cual proporcionar los instrumentos para la educación, son de plena actualidad. Como es de plena actualidad los riesgos que corren estas ideas»<sup>887</sup>.

---

<sup>885</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 272.

<sup>886</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 272.

<sup>887</sup> Vid. PANTOJA GARCÍA, F.: «Ayer y hoy de la respuesta sancionadora a los menores». En: GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Ministerio del Interior, núm. Extra, Madrid, 2006. Pág. 245-248.

Ahora bien, si la meta prioritaria del sistema penal juvenil es incidir positivamente en el menor infractor, para lo cual se hace imprescindible no interferir en su proceso de socialización, tales objetivos no pueden lograrse sin el elemento aflictivo o castigo. Si bien es cierto que el castigo es una respuesta represiva del sistema penal, por su contenido, necesario además que el menor infractor lo perciba como tal –al igual que la víctima– para que cumpla su cometido, sin embargo, al tratarse de un menor de edad, se le debe asignar una función pedagógica. No por ello pierde la naturaleza de castigo, pero se trataría, en cambio, de un «castigo positivo».

Por eso, el modelo de responsabilidad de menores reclama una profunda reflexión. «Es necesario replantear el modelo clásico de relaciones entre orden social y sistema legal, las funciones asignadas al Derecho penal, el rol de la víctima, las expectativas de los implicados en el conflicto criminal (infractor, víctima y comunidad), el arsenal de técnicas de intervención en el infractor, el marco jurisdiccional, sus normas procedimentales y las garantías del menor, etc.»<sup>888</sup>.

La legislación penal juvenil tiene sus ventajas en cuanto a la ley penal de adultos, si bien es un sistema concebido como un Código penal en miniatura, un correlativo normativo de la minoría de edad. Y ello implica la negación del problema que supone para la sociedad la delincuencia juvenil, y su negativa repercusión social y político-criminal<sup>889</sup>. «La criminalidad de jóvenes y menores ha de asumirse como otro doloroso problema social y comunitario más, esto es, como problema de todos (no sólo del sistema legal y sus instancias oficiales), de la comunidad, que reclama una respuesta solidaria. Una respuesta solidaria, y no quirúrgica, ni traumática; pues los problemas sociales no se extirpan, sino se tratan, no se erradican ni se eliminan, sino que se interviene socialmente en los mismos»<sup>890</sup>. Por lo que parece indiscutible que la delincuencia juvenil es un problema de naturaleza social, que no se ataja mediante cruzadas defensistas de la desviación juvenil.

---

<sup>888</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 273-274.

<sup>889</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 274. El autor recoge la opinión del autor ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El sistema tutelar de menores», ob. cit. Pág. 220.

<sup>890</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 274.

### **31. Políticas preventivas vs. Populismo punitivo.**

Es un error de política criminal entender que un mayor control social de la delincuencia se logra aplicando castigos más severos. La dureza del castigo atemoriza, pero no previene. De todos es sabido el debate social existente en torno a la supuesta benevolencia de la «ley del menor», que continuamente exige del poder político la adopción de medidas que palién la sensación de impunidad, o al menos la laxitud que parece desprenderse en el ámbito delincucional del menor infractor. Es razonable que la delincuencia –máxime cuando se trata de delitos muy graves cometidos por menores de edad- lleve a plantear mejoras o a reflexionar sobre la eficacia del sistema penal. Pero es más que dudoso que la causa de esas patologías sociales haya que buscarlas en un supuesto déficit del Derecho penal, y no en otros factores que no se abordan de raíz (carencias en la educación, trivialización de la sexualidad, mensajes de los medios de comunicación inculcando una violencia gratuita desde edades muy tempranas, juegos violentos a través de las TICs, menoscabo de la autoridad paterna y docente, entre otros). La lacra de la violencia juvenil no se arregla con más privación de libertad: pero es lo que pide la opinión pública desinformada y lo que se dispone a concederle al político muy permeable a la tendencia inflacionista del Derecho penal.

La tendencia de nuestro Derecho penal de invadir cualquier ámbito de la vida social en que surge un problema es evidente. Sin embargo, antes de plantear una nueva reforma de la legislación penal convendría meditar si existen otras formas de resolver el conflicto, cuáles son las causas y si conviene atajar el problema sin necesidad de crear nuevos delitos o endurecer las penas. Desgraciadamente, nuestros gobernantes son partidarios de la expansión del Derecho penal, pues creen que un incremento de las penas comporta la disminución del delito; con el Derecho penal tratan de reforzar el consenso moral de la sociedad (violencia juvenil, delitos contra el medio ambiente, etc.); y conectan con un sector de la opinión pública que considera demasiado blanda la legislación penal, lo que conlleva un rédito o utilidad en número de votantes. Quizá debiéramos reflexionar sobre si la creación de nuevos tipos delictivos el endurecimiento

de las penas ante hechos puntuales «encierran mucho de símbolo muy poco de efectividad»<sup>891</sup>.

El Marqués de Beccaría señalaba que la pena más eficaz es la pena infalible, y la pena que se impone con rapidez, no la más dura. En el ámbito de la delincuencia juvenil, la mano dura fracasa: tratan indistintamente toda forma de delincuencia, se concentra sobre los síntomas y el hecho criminal en sí, y olvida las causas por lo que no puede atajar el problema de base. Por poner un ej. Estados Unidos, que sigue aplicando la pena de muerte en algunos Estados, y juzga a algunos menores como mayores de edad. Según estadísticas de la Organización Mundial de la Salud, los índices superiores al diez por cien mil habitantes de los homicidios juveniles se dan en la mayoría de los países en desarrollo, y el único país que rompe esta tendencia es precisamente Estados Unidos, un índice superior del once por cien mil habitantes. Por lo que la estadística no acompaña la presunción de la efectividad de la mano dura<sup>892</sup>.

Aún cuando en el proceso de menores debe primar el principio de celeridad, pues el fin educativo exige la intervención inmediata a la comisión del ilícito penal, porque si no la intervención con el menor infractor pierde fuerza y efectividad, sin embargo, *de facto* no es así exactamente<sup>893</sup>. Mi experiencia como letrada de menores en la Fiscalía de Menores de la Comunidad de Madrid me confirma que el 80% de los expedientes de reforma tardan en resolverse de entre 6 y 9 meses. Ciertamente, en relación con la jurisdicción de adultos, es más ágil –entre otras razones los límites

---

<sup>891</sup> Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A.: «La huida al derecho penal», en *Revista Aceprensa*, núm. 10/11, Ed. Aceprensa SA, Madrid, Febrero\_2011. Pág. (1-2) a 4. En relación con: LO 15/2003, de 25 de noviembre, cit. DA 6ª. Postula la futura aplicación de medidas orientadas al castigo más duro de los delitos más graves, autorizando el tiempo de extensión del internamiento del menor infractor; el refuerzo de las medidas de seguridad en los centros de internamiento; el traslado del condenado a establecimientos penitenciarios cuando cumpla la mayoría de edad, prevista en los 18 años. Cfr. ABEL SOUTO, M.: «La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la ley penal del menor», en *Revista de estudios penales y criminológicos*, núm. XXIV, Ed. Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002-2003. Disponible en Internet: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc>. Pág. 7 a 57.

<sup>892</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *I Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, Ginebra, 2002. Disponible en Internet: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/es/summary\\_es.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf). Pág. 1(16-17) a 50.

<sup>893</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I.: «El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores infractores en España», en *Revue Électronique de l'A Internationale de Droit Pénal/Electronic Review of the International Association of Penal Law*, A-03, Ed. Érès, Toulouse, 2006. Disponible en Internet: <http://www.penal.org/IMG/MenoresJLCIB.pdf>. Pág. 1(5) a 24; CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, ob. cit. Pág. 88.

cronológicos para exigir responsabilidad penal al menor son muy cortos: los más cuatro años, aunque el mayor índice de menores infractores tienen 16 ó 17 años cumplidos cuando delinquen- pero demasiado lenta para que la reacción punitiva sea eficaz. Y ello aún cuando esté bastante bien caracterizado en la ley: detención del menor, como máximo de 24 horas en sede policial, y máximo 48 horas más para que resuelva el Ministerio Fiscal sobre la situación personal del menor<sup>894</sup>; notificación al menor infractor desde el mismo momento de su incoación, con un plazo de tres días para designar abogado (en su defecto, se le designará letrado de oficio)<sup>895</sup>; entrega del Informe del Equipo Técnico a requerimiento del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de diez días, prorrogable por un plazo máximo de un mes en casos de especial complejidad<sup>896</sup>; una vez que el Juez de menores ha abierto el trámite audiencia, plazo de cinco días hábiles para formular escrito de alegaciones y proposición de prueba por parte de la acusación particular, y a continuación, el mismo plazo de cinco días hábiles para formular escrito de alegaciones y proposición de prueba por el letrado del menor y los responsables civiles<sup>897</sup>; dentro del plazo de los cinco días siguientes a la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor y los responsables civiles, o transcurrido dicho plazo sin que dicho trámite se hubiera efectuado, mediante auto de apertura de audiencia el secretario judicial deberá señalar día y hora de celebración de la audiencia dentro de los diez días siguientes<sup>898</sup>; finalizada la audiencia, el Juez de menores deberá poner la sentencia dentro de los cinco días siguientes<sup>899</sup>; contra la sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación<sup>900</sup>; contra la sentencia de apelación podrá prepararse recurso de casación para unificación de doctrina en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de apelación<sup>901</sup>.

Sin duda, los mejores éxitos preventivos en el ámbito de la delincuencia juvenil se consiguen sincronizando y coordinando mejor el control social formal (orden legal) y el control social informal (orden social).

---

<sup>894</sup> LORRPM, cit. Art. 17 puntos 4 y 5. En conexión con el art. 520 LECrim.

<sup>895</sup> LORRPM, cit. Art. 22.

<sup>896</sup> LORRPM, cit. Art. 27.

<sup>897</sup> LORRPM, cit. Art. 31.

<sup>898</sup> LORRPM, cit. Art. 34.

<sup>899</sup> LORRPM, cit. Art. 38.

<sup>900</sup> LORRPM, cit. Art. 41.1.

<sup>901</sup> LORRPM, cit. Art. 42. En relación con los art. 847 a 906 LECrim.

### 32. Rearme axiológico positivo.

En términos preventivos, el compromiso con el cambio social significa ya un óptimo punto de partida. Por eso, lo que garantiza una política preventiva eficaz de la delincuencia juvenil es una profunda revisión de los valores sociales proclamados y vividos por la sociedad adulta, que, en tantas ocasiones, dejan mucho que desear<sup>902</sup>. Cuántos casos de corrupción han saltado a la opinión pública de personas, en apariencia, de conducta intachable por lo que representan o los puestos de representación que ocupan. En la falta de honestidad tenemos el espejo de la disociación entre los valores oficiales que la sociedad promulga y los valores subterráneos que la misma sociedad practica.

Por otro lado, a delinquir se aprende, y ello a través de los mismos procedimientos y mecanismos de aprendizaje que la conducta positiva. Pero en el caso del menor infractor, actúa muchas veces por imitación de quienes son sus referentes adultos: ha aprendido u observa tales conductas delictivas en modelos próximos o significativos con los que se identifica<sup>903</sup>.

Recuerdo el caso de la menor Clara García, estudiante gaditana de dieciséis años, asesinada en un descampado en la localidad de San Fernando en el año 2000, a manos de dos compañeras de Instituto que le asestaron 32 puñaladas y la degollaron, quienes aseguraron en la Fiscalía de Menores que la motivación de su crimen era «hacerse famosas» y «saber qué se sentía». El Juez de Menores consideró que ambas menores de 16 y 17 años respectivamente tenían plena capacidad de discernimiento respecto de la ilicitud de su acción, y que el asesinato fue con alevosía y conspiración.

Por otro lado, es preciso exigir a la sociedad una concienciación mayor sobre cómo enfrentarse a los riesgos que el menor puede encontrar en su vida cotidiana que, en gran medida, pasa a través de la Red. La Academia Americana de Pediatría alerta de

---

<sup>902</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 285.

<sup>903</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 285-286.



que el uso excesivo de las TICs se asocia con la obesidad, un peor rendimiento escolar, la agresividad y la falta de sueño<sup>904</sup>. Como ya expuse en el Cap. IV de este trabajo, el menor del siglo XXI vive en la Red, y ésta se convierte en la prolongación de su vida real, con las peculiaridades de un lugar público y anónimo donde todo el mundo entra pero no hay nadie. Y ello supone un riesgo para el menor, fundamentalmente por desconocimiento.

Gran conmoción ha causado en los medios el caso de la difusión en *Internet* de la paliza propiciada por una menor a otra menor, ambas de 14 años, en presencia de otras chicas, una de las cuales registró la paliza con un *teléfono móvil* y la colgó en *Internet*<sup>905</sup>. Según fuentes policiales, los hechos sucedieron el 26 de febrero de 2014 en las inmediaciones de un centro educativo de Sabadell, cuando la agresora se enzarzó a golpes y patadas en la cara y la cabeza de la otra menor, a la que llega a arrastrar por el cabello en presencia de al menos otras dos menores, que no intervienen para detener la agresión. En medio de los sollozos de la víctima, que permanece acurrucada en el suelo intentando parar los golpes, una de las amigas de la agresora le suplica: “¡María, ya basta!, ¡María, para, por favor, que hay gente!”, sin que la agresora se detuviera por ello. Pero la chica que graba el vídeo continúa grabando, sin hacer nada por parar la agresión. A mayor abundamiento, la agresora justificó después la agresión escribiendo en su cuenta de una red social, en la que señala que si pegó a la otra chica era porque “*tenía motivos para hacerlo*”. La inmoralidad de la agresión queda fuera de toda duda, pero la grabación de la misma y posterior *subida* a la red: ¿a qué responde?

Acaba de saltar a la luz el juego «NekNomination», contracción de los anglicismos «neck» y «nominate», traducible como «traga y nomina»: ingerir un litro de cerveza de un trago, beber media botella de vodka haciendo el pino, o saborear un chupito de licor aderezado con la orina de un amigo son sólo algunas de las proezas de sus participantes, para ser premiado por emborracharse de la forma más creativa. El usuario se graba en vídeo, lo sube a *Internet* a través de *Facebook*, y nombra a algún amigo que deberá superar la hazaña de su predecesor<sup>906</sup>. Basta con teclear

---

<sup>904</sup> Cfr. ACADEMIA AMERICANA DE PEDIATRÍA. Disponible en Internet: [www.aap.org](http://www.aap.org).

<sup>905</sup> Cfr. DIARIO EL MUNDO: Versión digital, 6/03/2014, 11.27 h. Disponible en Internet: <http://www.elmundo.es/cataluna/2014/03/06/5318475de2704e17028b456f.html>.

<sup>906</sup> En febrero de 2014 saltaron a la luz las cuatro primeras muertes tras emborracharse brutalmente y compartir sus vídeos en *Facebook*. El día 3 de abril de 2014 salta a la luz la última víctima con resultado

«NekNomination» en un buscador para ver más de 6.000 vídeos de menores y jóvenes compartiendo su borrachera en la red. En *Facebook* algunas de las páginas de este juego cuenta con más de 20.000 seguidores. Ya van cinco muertes étlicas desde que comenzó el fatídico juego, la última el 2 de abril de 2014. Le ha costado la primera denuncia a *Facebook*.

Al margen de los poderes públicos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los propios proveedores de páginas web y contenidos están implicados para intentar impedir que circulen determinadas páginas, o sirvan de soporte para contenidos del todo inapropiados. Además, los grupos primarios de control social son el primer y fundamental filtro a incorporar en los *lap top* y *demás dispositivos electrónicos digitales* –los PEDs- de los menores, y a ellos corresponde la apasionante tarea de velar por un acceso seguro a la red de sus hijos menores.

La comunidad en su conjunto debe hacer un esfuerzo por aprender y comprender, y –por qué no decirlo, también de controlar- en qué círculos sociales se mueve el menor de edad. Por eso, la educación se hace primordial. Y la responsabilidad es nuestra, de los mayores, de educar al menor en la sociedad del conocimiento y la educación.

Los adultos, como *inmigrantes digitales* que somos ante las TICs, debemos hacer un esfuerzo para apreciar que los beneficios que la Red tiene para todos son, principalmente, los que sirven como recurso educativo, los que permiten ampliar nuestros conocimientos y acceder a la información. Y por qué no, también conversar con personas del resto del mundo, y aprender compartiendo experiencias. La educación en un adecuado uso de *Internet* es imprescindible para que la Red esté verdaderamente al servicio de la libertad humana, y no sea un lugar en el que se promueve una auténtica «idolatría digital» que pagamos con una parte de nosotros mismos. Sin duda, el *ciberespacio* en el que se mueve el menor de edad supone una tarea más para los padres, quienes no deben limitarse a controlar las amistades de sus hijos, sino que deben también supervisar los programas que ven y manejan los menores, informarse del contenido de los *videojuegos* que les compren, qué tipo de *teléfono móvil* dejan a uso

---

de muerte por el mismo motivo: la menor Rhiannon Scully, de origen británico, de 9 años de edad. Con este caso, a *Facebook* le cuesta la primera denuncia.

del menor y con qué prestaciones, si limitan el tiempo de acceso a *Internet* y desde qué habitación de la casa, y no dejar a los menores nunca al único cuidado de la *niñera tecnológica*.

Por eso, no se trata de impedir que el menor acceda a la red a través de las TICs, porque entonces le situaríamos en una situación de desventaja respecto de su grupo de iguales. Lo que los adultos debemos hacer es enseñarles a *navegar* seguros, educarles en el uso responsable de los mismos, evitar los riesgos a los que se exponen en la red, y ejercer cierto control sobre ellos. Es muy fácil que el menor lleve a cabo una conducta inapropiada *on line* aunque no de la cara ante sus grupos primarios. Para ello debemos hacer el esfuerzo de volver a los valores tradicionales de familia, educación, etc., y aprender para comprender y educar. No olvidemos que todo germen de violencia empieza allí donde reina el desequilibrio entre aspiraciones y oportunidades.

## **X. BASES DEL MODELO SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DEL MENOR INFRACTOR.**

### **33. Confirmación de la hipótesis de partida.**

Debido a la importante labor del Consejo de Europa, los principios ya recogidos en las «Reglas de Beijing», y otros documentos analizados de las Naciones Unidas como la Recomendación R(2003) 20, de 24 de septiembre de 2003, sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil —el establecimiento de una edad límite para exigir responsabilidad al menor infractor, preferencia de la prevención frente a la represión, flexibilización y diversificación de las reacciones (dejando para los casos más graves las medidas punitivas), mínima intervención penal, garantía de los derechos de los menores, especialización de los operadores jurídicos, entre otros-, constituyen un patrimonio común específico a nivel internacional para salvaguardar e incorporar a nuestra legislación juvenil. Quizá los Estados, al menos en el marco de la Unión Europea, debieran plantearse una política común a todos los Estados partes, cuya competencia pudieran ejercer de manera conjunta las instituciones de la Unión Europea, como señala el Dictamen 2006/C 110/13, del Comité Económico y Social Europeo, sobre la prevención de la

delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, o la Resolución de 20 de junio de 2007, del Parlamento Europeo, sobre la delincuencia juvenil – el papel de las mujeres, la familia y la sociedad, en sus puntos 1, 22 y 23.

Por lo que a España respecta, no todas las líneas de intervención diseñadas por las instituciones europeas las tiene incorporadas en su legislación nacional, como se ha visto a lo largo de este trabajo. El Derecho penal de menores, tal y como está concebido en nuestro ordenamiento jurídico español, es verdadero Derecho Penal. No está programado para la ayuda, lo que reclama contradictoriamente su naturaleza educativa, sino que sirve al control social de la delincuencia juvenil. Y ello aún cuando en los debates sobre la «Ley del Menor» se recalque la euforia reformista en pro del interés superior del menor. Sin embargo, la importancia que la sociedad concede al fenómeno de la delincuencia juvenil requiere, si de veras se quiere atajar este «fenómeno social», el desarrollo de respuestas efectivas y eficaces más propias de un Derecho social que de un Derecho penal como el vigente.

El «modelo de responsabilidad social» sí responde al ideal marcado por la normativa internacional. Supone un paso más en el ideal de la justicia juvenil. Se centra en la naturaleza de «problema social» de la delincuencia juvenil, que encuentra su origen más frecuente en el fracaso de los grupos primarios del individuo (familia, colegio, grupo de iguales, ambiente, etc.); la defensa de una intervención subsidiaria y mínima del Derecho penal; un tipo de «castigos positivos» que propicien la integración del menor infractor, antes que buscar «darle su merecido» para tranquilizar a la sociedad. Está empapado de una «filosofía reparadora», propugna la exigencia al menor infractor de una elemental responsabilidad por la comisión del hecho delictivo, la asunción de las consecuencias de sus actos, pero bajo la exigencia de que el sistema a través del cual se establezca, salga cuanto antes del Derecho penal. De su puesta en práctica se derivarían básicamente tres beneficios: a) se reduciría en mucho el efecto estigmatizante que produce el contacto con el sistema judicial, tanto en el menor infractor como en la víctima; b) agilizaría el proceso y disminuiría la burocratización que rodea el sistema de justicia juvenil; y c) aproximaría temporalmente la realización de la infracción penal a la respuesta social que provoca.

De ahí que la superación del «modelo de responsabilidad penal» del menor infractor por un «modelo social de responsabilidad» pueda hacer posible el ideal de convivencia en perfecta armonía de la justicia retributiva y su efectividad preventivo-general (sanción justa, cuya finalidad debe ser la reparación del daño causado) con la justicia rehabilitadora y su efectividad preventivo-especial (tratamiento socializador y educativo del menor infractor) y la justicia restaurativa (protagonismo activo a la víctima, sin desatender los objetivos preventivos de la ley penal). Entendiendo que es ésta la respuesta más adecuada al cambio cultural que se está produciendo y a otras formas de amenaza —como es la delincuencia juvenil *on line*- consecuencia de la incursión de las TICs en la vida del individuo, y especialmente influyentes en la adolescencia.

Además, se da la circunstancia de que la sociedad del siglo XXI a la que pertenecen los menores encierra un contexto de rápido desarrollo de las nuevas *tecnologías de la información y la comunicación*. Por ello, todo cuanto concierne al grado de responsabilidad que debe asumir el menor que ha cometido una infracción penal y a las posibilidades reales de su reeducación y reinserción social está inmerso, en la actualidad, en un proceso de análisis profundo y de revisión de conceptos tanto dentro de nuestras fronteras como, sobre todo, en el seno de la Unión Europea. Precisamente, y entre otros factores, como consecuencia de la aparición y el progresivo desarrollo de la delincuencia juvenil *on line* o a través de *Internet*.

El tránsito que va de la sociedad industrial a la era informática ha ido definiendo nuevos conflictos, alimentado nuevos movimientos y formas de delincuencia infantil y juvenil. Esta circunstancia hace que surjan nuevos modelos emergentes que sirvan de ayuda al menor infractor en su reeducación y reinserción, según el contexto histórico-doctrinal y jurídico-positivo del momento. Por eso, para los juristas comprometidos con la causa del menor infractor, el problema actual de la delincuencia juvenil, que cada vez más pasa por el medio *tecnológico*, se nos presenta como un reto. Lleva consigo comprender «desde dentro» el «problema social» de la delincuencia de menores y jóvenes (es decir, las claves, sus símbolos, el tipo de violencia, los valores de conducta de sus protagonistas), y el Derecho adolece de la idoneidad que se exige para resolver materialmente los problemas sociales. Tal y como está concebido el Derecho penal

sustantivo y procesal, su estructura como técnica de solución de conflictos deviene limitada e insuficiente.

El «modelo social de responsabilidad» combina las intervenciones de reforma y protectoras, busca atender el superior interés del menor a través de medidas extrajudiciales en medio abierto y programas de derivación o diversificación (*diversion programmes*), en los que se combinen la acción educativa, social y comunitaria. Por eso, dejando a un lado los modelos clásicos ya superados de tratamiento del menor infractor, como son el tutelar de naturaleza protectora, y el educativo que pretendía una respuesta de este tipo a las infracciones penales cometidas por los menores, resulta obligada la superación del «modelo de responsabilidad penal» a través de un nuevo «modelo de respuesta social» del menor infractor.

El legislador debe dar un paso más y atender –como he apuntado en epígrafes anteriores- no tanto a reacciones emotivas y populistas, sino a abordar el «problema social» de la delincuencia juvenil con fundamentos y desde su raíz, buscando el origen en cada menor que delinque, el momento en que se gesta el menor delincuente y el tipo de violencia que adopta, para tratar de solventar la situación conflictiva hasta guiar al menor infractor por el camino de los valores, los principios y los derechos democráticos. Sólo de esta manera podrá acometerse de forma eficaz y efectiva el fenómeno social de la delincuencia juvenil, sin olvidar que son nuestros menores – infractores o no- la generación del futuro.

#### **34. Subsidiariedad de la intervención legal y naturaleza mínima de la intervención penal. Los programas de intervención o *diversion programmes* con el menor infractor.**

Como ya se ha expuesto a lo largo de este trabajo, la realidad demuestra con datos empíricos que el paso por la adolescencia, en sentido amplio, conlleva una alta probabilidad de conductas antisociales y antijurídicas, sin dejar de ser una etapa –en la inmensa mayoría de los casos- puramente transitoria. El fenómeno delictivo juvenil, en la mayoría de los casos, se diluye como consecuencia del proceso madurativo del menor infractor, que se normaliza al alcanzar la adultez. Ello no obsta para que, en muchos

casos, desgraciadamente ese proceso madurativo complejo venga influenciado por procesos individuales y sociales de interacción y la sucesión de defectuosos procesos de socialización<sup>907</sup>. Si bien, la solución al comportamiento delictivo del menor infractor no debe buscarse en la intervención legal –su carácter antipedagógico también ha quedado demostrado–, sino más bien en la reivindicación de su carácter social. Por tanto, «ni la respuesta primaria al comportamiento conflictivo del joven o menor es la respuesta penal, ni penal debe denominarse el modelo de responsabilidad de menores y jóvenes a la ley que lo instrumente»<sup>908</sup>.

Como he analizado en epígrafes anteriores, la justicia juvenil actual constituye un «modelo de garantismo» en que se buscan mucho las garantías, y sin embargo tantas veces falla en lo fundamental, que es el desarrollo de la personalidad del menor infractor que le haga capaz de reconocer sus propios errores, quedando en un hecho aislado su actividad delictiva, aunque no olvidado, lo que evitaría la reincidencia. Conviene buscar la mediación previa de controles sociales informales, más adecuados al proceso madurativo del menor infractor que el propio orden judicial. Cuando los grupos primarios del menor infractor fallan, su mal funcionamiento o inexistencia –en muchos casos- nunca van a poder ser suplidos por el orden judicial. No es ésta la finalidad del sistema penal, que predica, precisamente, su carácter de última *ratio* para aquellos comportamientos considerados intolerables también para los adultos, lo que les otorga su carácter más grave que las conductas irregulares y antijurídicas más frecuentes.

Los programas de conciliación y mediación propios del modelo «integrador» de justicia a los que me he referido en el Cap. III, con los que nuestro ordenamiento jurídico resuelve no pocos conflictos suscitados por menores infractores, son un punto de partida para la implantación de otros programas de intervención o *diversion programmes* con el menor infractor, como medio de solución de conflictos, siguiendo las líneas de la normativa internacional: en concreto, la Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Consejo de Europa, sobre mediación en materia penal. Sin

---

<sup>907</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 275. El autor toma la idea de SCHNEIDER.

<sup>908</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 277; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *El sistema tutelar de menores*, ob. cit. Pág. 224 y ss.

perder de vista que tales programas se conciben como una forma de aplicación del principio de mínima intervención judicial penal.

Ya expuse que el término *diversion programmes*, traducido como programas o alternativas de derivación o diversificación, agrupa nuevas tendencias de política criminal orientadas a prescindir de la operatividad de la maquinaria judicial que se pone en marcha como consecuencia de la infracción de una norma penal por el menor de edad imputable, a excepción de los casos más graves. Tratando de acometer el control social de la criminalidad por fuera de las instancias judiciales mediante programas alternativos, y desviar determinadas formas de criminalidad de los procedimientos formales. Su «filosofía integradora y reparadora» trata de incorporar al sistema penal de menores la atención por los intereses de la víctima y la comunidad en su conjunto a través de la «mediación» reparadora y de la búsqueda de la conciliación, con el fin de evitar la estigmatización que todo proceso judicial produce, tanto en el menor infractor - «desviación secundaria»- como en la víctima -«victimización secundaria»-, afirmando la primacía de los principios rehabilitadores en toda intervención con el menor infractor (principio de responsabilidad civil *ex delicto*, la conciliación o la reparación del daño causado).

El abanico de posibilidades se amplía, aún cuando las técnicas de intervención, en lo esencial, son las utilizadas para los procesos de mediación. Entre esas técnicas existen: las conferencias comunitarias, en que se da la posibilidad de intervenir en el proceso de solución al conflicto no sólo a los protagonistas inmediatos (menor infractor-víctima y mediador) sino que el círculo de interesados se amplía (víctimas secundarias, como son los familiares y allegados de las víctimas, y los allegados del menor infractor); los círculos de paz, en que se da entrada a funcionarios y terceros interesados, propio de las poblaciones aborígenes; la restitución y servicios comunitarios (muy parecidos a los trabajos en beneficio de la comunidad) cuando la víctima es una persona jurídica; los círculos de apoyo en los que, a través de una institución, se pacta un acuerdo de apoyo al menor infractor ya condenado, comprometiéndose éste último a seguir un plan de reintegración tras el cumplimiento de la medida judicial impuesta; y la conciliación post-judicial, aplicable igualmente al menor infractor que cumple condena, con el único objetivo de aportar a la víctima una satisfacción moral a la víctima y posibilitar el arrepentimiento del condenado.



Los programas de intervención o *diversion programmes*, nacidos en los países anglosajones, han cosechado notables éxitos en la intervención y tratamiento del menor infractor, pues se potencia la acción educativa capaz de lograr del menor infractor la reflexión sobre la conducta antisocial protagonizada, su responsabilidad y su modo de afrontarla. Bien es verdad que tales programas presentan unas características que los distinguen del proceso de mediación *in genere*, pero siempre y en todo caso están ya condicionados a la incoación de un proceso judicial: las partes vienen determinadas como consecuencia de un ilícito penal, por lo que no existe igualdad entre ellas, sino que ocupan un rol muy diferente una de otra (el menor infractor, a quien se le imputa la comisión del ilícito penal, quien debe reparar por su conducta antisocial, y la víctima, directamente afectada por el ilícito penal, quien debe ser resarcida por los daños y perjuicios causados); el punto de partida es el hecho penal en abstracto; su resultado debe contar con la ratificación de la instancia judicial, como alternativo al proceso judicial.

Se puede decir que los programas de intervención o *diversion programmes* son un modelo idóneo para el sistema de justicia juvenil, por su menor valor estigmatizante que el sometimiento a un proceso judicial, su mayor valor pedagógico y su carácter de menor represión. Pensemos que el afrontamiento de este tipo de programas por el menor infractor promueve una cierta sensibilidad en su protagonista para captar un problema potencial en el trato con los demás; pondera las consecuencias que se han derivado de su conducta irregular, no sólo para él mismo sino también para la víctima directa y el resto de la sociedad; conceptualiza los medios a emplear para alcanzar el resarcimiento y reparación del daño causado; es capaz de adquirir las habilidades sociales necesarias que le permitan un mayor control de su agresividad e impulsividad.

Reitero que la normativa internacional y comunitaria apunta en esa dirección, instando a los Estados a adoptar medidas y procedimientos acordes con los principios del modelo «integrador» de justicia, y a dotar a los sistema de justicia penal juvenil – tanto en el plano de la prevención como en el de la respuesta al menor infractor y su tratamiento- de una finalidad esencialmente responsabilizadora, educativa y reparadora. La CDN de 1989, primer instrumento jurídico de carácter vinculante y garantista que se constituye en punto de referencia de la evolución histórica del Derecho de menores,

anima a los Estados partes a adoptar sistemas de justicia especializados para menores que se adecúen a sus principios, y sean permeables a las soluciones desformalizadoras que plantean instrumentos previos o posteriores a ésta. En su art. 40 así lo prevé, aseverando a los referidos Estados para que «siempre que sea apropiado y deseable» traten al menor infractor «sin recurrir a procedimientos judiciales»<sup>909</sup>.

### **35. La sanción del menor infractor: el «castigo positivo».**

El sistema de medidas judiciales recogido por la legislación penal juvenil vigente persigue, sin duda, una finalidad retributiva tal y como está concebido el Derecho penal, y su pretensión es intimidatoria y de control social (prevención general negativa). A ello me he referido suficientemente en el Cap. II de este trabajo. Trascendental en el proceso madurativo del menor infractor es ya, no el castigo mismo, sino la forma concreta de cumplimiento de la medida, de la que va a depender –en mucho- la efectividad de la sanción y su percepción social.

Por eso, la sanción del menor infractor en el marco del «modelo de responsabilidad social» debe concebirse como un instrumento que oriente de forma positiva su proceso de socialización, y no «darle su merecido» ni tranquilizar a la sociedad reforzando la intervención de los poderes públicos. Tales funciones, asignadas tradicionalmente a la pena no pueden aplicarse en ningún caso a la sanción juvenil, si admitimos la generalización del comportamiento irregular del menor adolescente como consecuencia de su proceso madurativo, máxime si a ello se le une el fracaso de los grupos primarios del menor. De ahí que su objetivo sea, no castigar sino «reconstruir» el proceso de maduración del menor infractor. Es decir, un objetivo pacificador y constructivo.

A este nuevo paradigma responden los programas de intervención o *diversion programmes* a los que me he referido en el anterior epígrafe. La imposición de una sanción positiva sería el acuerdo alcanzado entre las partes intervinientes en el programa de *diversion* aludido. «El reencuentro autor-víctima (cuando resulta posible e indicado), la percepción directa por el infractor de la realidad del mal causado, el positivo proceso

---

<sup>909</sup> CDN de 1989, cit. Art. 40.

de comunicación entre los implicados en el conflicto criminal que el inicial reencuentro activa, la generación de actitudes positivas tanto en el infractor como en la víctima, las excusas, satisfacciones y explicación que ésta recibe de su delincuente, la reparación efectiva o simbólica del daño causado, la realización por el infractor de prestaciones personales a favor de su víctima o de la comunidad, etc.» repercuten, no sólo en beneficio del menor infractor –tanto en su proceso personal como de maduración–, como en aras de una positiva pacificación de las relaciones sociales<sup>910</sup>.

Con la «sanción positiva» no se renuncia a la necesaria aflictividad del castigo. El mero sometimiento del menor infractor a un programa de intervención o *diversion program* lleva ya implícito un efecto aflictivo de asunción de la propia culpa como consecuencia de la conducta irregular que ha protagonizado. La cuestión estriba en que tal tipo de sanción aporta al menor infractor unas vivencias y adquisiciones psicológicas muy útiles para su proceso de maduración personal y su integración social, como en aras de una positiva pacificación de las relaciones sociales que se han visto deterioradas como consecuencia de la conducta irregular del menor infractor.

En materia de «sanciones positivas» al menor infractor, cabe establecer tres principios: a) con el «castigo positivo» se potencia una política criminal de «sanción alternativa» a las medidas judiciales punitivas, inspiradas en principios distintos, orientadas a alcanzar resultados también distintos, y cuyo cumplimiento y ejecución va a ser distinto al ámbito judicial. Es decir, el escenario cambia pero la finalidad es la misma: la reeducación y reinserción efectivos del menor infractor.

### **36. Conclusión.**

Ofrecer un modelo de intervención y tratamiento del menor infractor que supere el «modelo de responsabilidad penal» actualmente vigente en España no es tarea fácil, máxime cuando nuestro sistema penal juvenil es verdadero Derecho penal pues está pensado para el control social de la delincuencia juvenil, y no está programado para la

---

<sup>910</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», ob. cit. Pág. 280.

ayuda, a pesar de que la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores reclame su naturaleza sancionadora-educativa. Si bien, analizados los pilares sobre los que se apoya la normativa internacional, no se aleja del modelo de justicia juvenil planteado por la legislación europea y la Organización de Naciones Unidas, en consonancia con lo dispuesto en el art. 24 de la CE.

El «modelo de responsabilidad social» del menor infractor plasma las directrices marcadas por la normativa internacional, dirigido a la protección del «superior interés del menor», principio rector y guía de la legislación internacional en materia de menores auspiciado en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Supone un paso más en el ideal de justicia juvenil tendente a la reeducación y reinserción efectivas del menor que delinque, pues le responsabiliza no sólo de la conducta por la que ha violado la ley, sino que hace al menor infractor capaz de asumir el daño causado, y le capacita para comprender que su actuar ilícito ha ocasionado daño a otros. Por eso, la «responsabilidad» sigue siendo el motor del cambio en el menor infractor, lo que le genera un sentimiento de culpa y le motiva a buscar soluciones de resarcimiento a la víctima mediante la realización de lo que he denominado «sanciones positivas», siguiendo al Prof. García-Pablos de Molina.

Bien es verdad que la propia «Ley del Menor» permite apreciar elementos que identifican este modelo de responsabilidad, más educativo que punitivo. Si bien, la legalización de este modelo de intervención incidiría de forma realmente eficaz en la práctica diaria de la justicia de menores que interviene con una delincuencia juvenil «ocasional» de media o escasa gravedad, más propia del proceso madurativo en que se encuentra el adolescente que de carreras delictivas ya consolidadas; fortalecería los grupos primarios de control social, causa —en no pocas ocasiones— de la conducta irregular del menor infractor; frenaría la actividad de esas fábricas del miedo que son los *mass media* y evitaría la inseguridad ciudadana. Lo que no impide la reserva del «modelo de responsabilidad penal» actualmente aplicable para los casos reprochables de mayor gravedad. No cabe duda que este «modelo de responsabilidad social» repercutiría, no sólo en bien del proceso personal y psicológico de maduración del menor infractor sino también en aras de una positiva pacificación de las relaciones sociales.

No olvidemos que las peculiares características del Derecho penal de menores facilitan que la justicia juvenil un campo de experimentación de propuestas político-criminales de reacción al delito de nuevas figuras procedimentales, sanciones informales y vías de desjudicialización. Que el legislador español, con ayuda de los profesionales que trabajamos con el menor infractor, tome buena nota de las necesidades, no sólo del menor que infringe la ley, sino también de la víctima y de la sociedad en su conjunto.

### CONCLUSIONES

PRIMERA. La minoría de edad ha tenido tradicionalmente, desde los primeros escritos jurídicos, singular relevancia en materia de amortiguación de la responsabilidad del menor, expresión sintética de lo que significa la teoría penal de la «prevención especial», más que consolidada en la legislación penal juvenil actual.

SEGUNDA. Del análisis del contexto histórico-doctrinal de la legislación del menor infractor, se concluye que la determinación de la edad a partir de la cual se tiene la suficiente madurez para comprender la significación antijurídica de un ilícito penal y querer hacerlo, ha estado en constante experimentación por decisiones de política criminal, porque no ha dejado de cambiar a lo largo de la historia. Sin embargo, la determinación de la edad legal para que el menor sea imputable penalmente afecta exclusivamente a los presupuestos del sistema: qué finalidades persigue, qué medidas y técnicas de intervención arbitra, cómo se articulan y aplican, a través de qué mecanismos procesales y con qué suerte de garantías, qué impacto producen en el menor infractor, etc.

TERCERA. La dogmática penal, atendiendo únicamente al diagnóstico jurídico-formal del delito cometido, no ha sido capaz de contextualizar y conceptualizar adecuadamente el fenómeno social de la delincuencia juvenil, rebajando, por un lado, la edad penal a los catorce años, ya que tal y como establece el art. 19 del CP «podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor», y, obviando, por otro, la dimensión subjetiva del menor infractor, sus motivaciones, valores y actitudes al delinquir, que prueban empíricamente que en un altísimo porcentaje es puramente transitorio, como lo demuestran la «curva de la edad» y la «paradoja de Rubin»: el paso por la adolescencia conlleva una alta probabilidad de conductas antisociales y antijurídicas, que se normaliza al alcanzar la madurez de la edad adulta.

CUARTA. El Derecho penal de menores actualmente vigente, una vez superada la filosofía del Derecho penal del hecho, se basa, no en la culpabilidad del infractor y en

el carácter penológico de la respuesta sancionadora como se aplica a los adultos, sino en la «peligrosidad de la conducta» del menor y la necesidad de educarle mediante «medidas» carentes de sentido aflictivo, que sirvan a su resocialización. Paradójicamente y en contra del ideal rehabilitador que la legislación penal juvenil se propone, participa de las mismas connotaciones negativas que el Derecho penal de adultos porque sirve más al control y la defensa social que a la ayuda del infractor. En consecuencia, la finalidad reeducativa y resocializadora de la intervención penal con el menor infractor, que inspira la responsabilidad penal de los menores, tanto desde el punto de vista de Derecho sustantivo, procesal y de ejecución, es incompatible con los principios y los fines del Derecho penal pues responden a dos realidades antagónicas. El modelo de responsabilidad, tal y como está concebido, no logra responsabilizar al menor infractor de su actuar delictivo.

QUINTA. La justicia juvenil española sigue el patrón de la normativa internacional y comunitaria, y constituye un «modelo de responsabilidad» teórico, en que se buscan mucho las garantías del menor infractor, tanto de índole sustantivo como procesal, pero falla en lo fundamental: el desarrollo de la personalidad del menor que le haga capaz de reconocer y responsabilizarse de sus propios errores, y rehabilitarse adecuadamente, máxime teniendo en cuenta su corta edad, pudiendo quedar en un hecho aislado su actividad delictiva. Si bien, está constatado empíricamente que el sometimiento del menor al proceso penal tiene un efecto estigmatizante que contamina la intervención con el menor infractor, lo que le hace perder eficacia (reincidencia) y legitimidad (obstruye la finalidad educativa).

SEXTA. El principio del interés superior del menor, inspirador de la normativa penal juvenil, permite llevar a cabo una eficaz y rehabilitadora «intervención» con el menor infractor, valorada con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas. Ello permitiría sacar al menor del circuito penal como opción más beneficiosa para el menor, por lo que quedaría reforzado el principio de subsidiariedad de la intervención legal y la naturaleza mínima de la intervención penal: que de forma paulatina se pasase del «castigo positivo» dotado de una función pedagógica al «tratamiento» educativo, que facilite al menor reconocer en la «sanción» la respuesta justa y merecida por el ilícito penal, le capacite para asumir su culpa, mostrar su arrepentimiento, y asumir el compromiso de reparar el daño causado.

Siempre que se tengan en cuenta ciertas variables, como la edad del menor, la clase de delito por el que se le condena, su perfil psicológico y la ficha técnica del concreto tipo de tratamiento. Pudiendo encontrar la excepción en los delitos de «especial gravedad», en que el elemento de la culpabilidad queda garantizado.

SÉPTIMA. Entre los objetivos de la «Ley del Menor» está el de dar una respuesta social al menor infractor, que no logra alcanzar. Y ello en contra de la tendencia implícita de nuestro ordenamiento jurídico de perfilar un régimen jurídico de responsabilidad del menor infractor más socializador que penal, aunque de *facto* se haya articulado a la inversa. Esto pone de manifiesto que quedan aspectos de suficiente relieve sin el tratamiento adecuado. No es finalidad del sistema penal suplir el mal funcionamiento de los grupos primarios del menor infractor, precisamente por su carácter de última *ratio* para aquellos comportamientos considerados intolerables también para los adultos, lo que les otorga su carácter más grave que las conductas irregulares y antijurídicas más frecuentes.

OCTAVA. El ambiente en que se desenvuelve a sus anchas el menor de edad es el que proporciona el espacio virtual. Las *tecnologías de la información y la comunicación* han logrado que, cuando el menor accede a la *Red* ésta se convierta en la prolongación de su vida real, con algunas particularidades por tratarse de un espacio público y anónimo. Esto supone ya un riesgo para el menor, pues ni él mismo cae en la cuenta que el acceso libre a la información de cualquier tipo, la capacidad de trascender la soledad individual en un universo de motivaciones e intereses, la posibilidad de crear grupos de amigos –conocidos y desconocidos- en cualquier parte del mundo, compartir objetivos, etc., son algunas de las transformaciones que, sin darse cuenta, el menor va interiorizando con un grado de penetración mucho más intenso que la persona adulta, hasta hacer del espacio virtual su *modus vivendi*. Tal circunstancia está suscitando la aparición de problemas –como un tipo de delincuencia *on line* más fácilmente perpetrable- precisamente por la falta de límites espacio-temporales. Esta hipótesis de partida se confirma a través del trabajo teórico y de campo realizado durante la investigación, en que se aprecia que el porcentaje de adolescentes que se implican en comportamientos irregulares en la *Red* va creciendo progresivamente, precisamente porque cuando delinque a través de la *Red*, mantiene unas pautas de uso a través de las TICs que describen nuevos patrones de ocio (relación, asociación, socialización) y de



acercamiento a la vida de los demás que no son arbitrarias sino reflexivas, que dan lugar a nuevas costumbres que están generalizadas entre los menores adolescentes. Por lo que el uso indiscriminado de los PEDs y la permanente conexión a *Internet* incrementa el riesgo de que el menor incurra en conductas delictivas, por las propias características de la vida *on line*. Lo que obliga a redefinir la sociedad moderna en la que viven y se desenvuelven los menores.

NOVENA. El impacto de las *tecnologías de la información y la comunicación* en el menor de edad han propiciado un repunte de «personalidades adictivas» a las TICs entre menores por el uso desmedido y abusivo que hacen de los PEDs. La «imagen» se presenta como un agente socializador de primera magnitud, incentivado por el individualismo a que lleva el uso y abuso de los PEDs. Se ha podido constatar que el modo en que el menor se desenvuelve en el medio digital conlleva una «normalización» de la violencia en las relaciones humanas, ante la aparente facilidad e impunidad con que son cometidos este tipo de infracciones penales en el espacio virtual, como consecuencia de la sensación de anonimato. Las acciones delictivas cometidas a través de las TICs son producto de un tipo de «violencia potencial» que aparentemente no hace ruido, ni duele, en muchos casos incentivada por los contenidos violentos que en las mismas se recrean. En consecuencia, la alta posesión de las pantallas por el menor de edad y el número de horas que pasa *conectado*, obligan a redefinir la sociedad moderna en la que viven y se desenvuelven los menores.

DÉCIMA. No cabe duda que se aprende a ser violento, como lo demuestran las teorías del aprendizaje. El menor, a través de determinados programas televisivos y *on line*, *videojuegos*, etc., va injiriendo una carga de agresividad que supone necesaria para aprender a manejarse autónomamente en la vida, precisamente por las especiales características de la adolescencia. Es un hecho constatado que el bombardeo de imágenes violentas paraliza para la reflexión e impide la capacidad de razonamiento. Este tipo de contenidos no favorecen en absoluto actitudes ni conductas cívicas o prosociales. Muchos de estos contenidos favorecen el consumo de drogas, la promiscuidad sexual, la violencia y el materialismo consumista, que los más jóvenes asumen como real y deseable para el desarrollo exitoso de su vida y su personalidad, hasta llegar a identificar el mundo real con lo que ven en las pantallas. El problema es

que tales mensajes *audiovisuales* sólo llena el vacío de información y comunicación que la sociedad deja al menor de edad.

UNDÉCIMA. El art. 40.3 de la CDN de Naciones Unidas propone que «siempre que sea adecuado y deseable», cabría el «tratamiento» del menor sin recurrir a un procedimiento propiamente judicial. Criterio avalado por el TC, ya en su sentencia 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero. Teniendo en cuenta, por un lado, que las TICs son ya la principal actividad de la vida del menor occidental, de gran influencia en el entorno del menor, siendo su importancia mayor cuando se refiere al desarrollo intelectual, la maduración y la educación de los más jóvenes; y de otro lado, la mayoría de los menores infractores presentan rasgos de personalidad estadísticamente normales o próximos a la normalidad, aunque afectados por situaciones disfuncionales pero que no afectan de forma patológica a la conciencia, ni a la capacidad espontánea de decisión, ni a la emotividad o afectividad, debe dársele el tratamiento de lo que verdaderamente es: una cuestión social, que se convierte en «problema social» si se trata de la violencia juvenil. De ahí que los programas de intervención o *diversion programmes* sean un modelo idóneo para el sistema de justicia juvenil, por su menor valor estigmatizante que el sometimiento a un proceso judicial, su mayor valor pedagógico y su carácter de menor represión: promueve una cierta sensibilidad en su protagonista para captar un problema potencial en el trato con los demás; pondera las consecuencias que se han derivado de su conducta irregular, no sólo para él mismo sino también para la víctima directa y el resto de la sociedad; conceptualiza los medios a emplear para alcanzar el resarcimiento y reparación del daño causado; es capaz de adquirir las habilidades sociales necesarias que le permitan un mayor control de su agresividad e impulsividad. Este tipo de «sanción positiva» aporta al menor infractor unas vivencias y adquisiciones psicológicas muy útiles para su proceso de maduración personal y su integración social, como en aras de una positiva pacificación de las relaciones sociales que se han visto deterioradas como consecuencia de la conducta irregular.

DUODÉCIMA. El «modelo de responsabilidad social» sí responde al ideal marcado por la normativa internacional. Supone un paso más en la concepción originaria de la justicia juvenil. Se centra en la naturaleza de problema social de la delincuencia juvenil. De su puesta en práctica se derivarían básicamente tres

beneficios: a) se reduciría en mucho el efecto estigmatizante que produce el contacto con el sistema judicial, tanto en el menor infractor como en la víctima; b) agilizaría el proceso y disminuiría la burocratización que rodea el sistema de justicia juvenil; y c) aproximaría temporalmente la realización de la infracción penal a la respuesta social que provoca.

## PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

ÚNICA. Sin renunciar a la exigibilidad de la responsabilidad del menor que delinque, pues ésta sigue siendo el motor de cambio del menor infractor, pero teniendo en cuenta que la «Ley del Menor» no logra el ideal rehabilitador que se propuso, puede ser el momento de repensar el «modelo de responsabilidad» vigente abogando por un modelo propio y autónomo de responsabilidad no penal, y sí de naturaleza sancionadora-educativa, que ya el Borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996 denominó como «responsabilidad social» del menor infractor. Reiterado con posterioridad en el Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997, cuyo modelo desarrolló el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 julio 1997. Lo que pone de manifiesto la tendencia implícita de nuestro ordenamiento jurídico de perfilar un régimen jurídico de responsabilidad del menor infractor más socializador que penal.

Manteniendo la regulación única de los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución del tratamiento del menor infractor, respetando los derechos y garantías previstos en nuestro ordenamiento jurídico, este modelo debiera propugnar: la exigencia al menor infractor de una elemental responsabilidad por la comisión del hecho delictivo a través de una mediación previa de controles sociales informales, como mecanismo lógico de imputación de la acción prohibida; la defensa de una intervención subsidiaria y mínima del Derecho penal, reservándose ésta a los conflictos de especial gravedad; la intervención sobre el menor infractor mediante un sistema de programas de derivación o diversificación (*diversion programmes*) al margen del sistema legal, a través de los cuales el menor infractor solucione el conflicto; un tipo de «sanciones informales y positivas» que, sin renunciar a una necesaria aflictividad, orienten de forma pacificadora y constructiva el proceso de maduración y socialización del menor infractor y propicien su integración social (prevención especial), antes que buscar «darle su merecido» para tranquilizar a la sociedad.

Los programas de *diversion* deberán promover en el menor infractor la sensibilidad necesaria que le ayude a captar los problemas potenciales en el trato con los demás; la capacidad de generar soluciones alternativas al conflicto, previa ponderación

de las consecuencias perniciosas del ilícito cometido, tanto para el propio menor infractor como para su víctima y la sociedad en su conjunto. El diseño de las «sanciones positivas» deberán orientarse a los objetivos siguientes: la reparación del daño causado, la conciliación, la petición de disculpas, la realización de prestaciones personales a favor de la víctima, la reparación simbólica, los trabajos en beneficio de la comunidad, etc.

El «modelo de responsabilidad social» responde al ideal marcado por la normativa internacional, dirigido a la protección del «superior interés del menor», principio rector y guía de la legislación en materia de menores auspiciado en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Se centra en la naturaleza de «problema social» de la delincuencia juvenil, y está empapado de una «filosofía reparadora»: propugna el reencuentro infractor-víctima (siempre que resulte posible e indicado); la percepción directa del menor infractor de la realidad del mal causado; un proceso de comunicación entre los implicados en el conflicto criminal; la generación de actitudes positivas tanto en el infractor como en la víctima; la reparación simbólica del daño causado; la realización por el infractor de prestaciones personales a favor de la víctima o de la comunidad. Todo ello repercute tanto en el proceso personal y de maduración del menor infractor como en aras a una positiva pacificación de las relaciones sociales.

El modelo de responsabilidad social propuesto supone un paso más en el ideal de justicia juvenil tendente a la reeducación y reinserción efectivas del menor que delinque, pues le responsabiliza no sólo de la conducta por la que ha violado la ley, sino que hace al menor infractor capaz de asumir el daño causado, y le capacita para comprender que su actuar ilícito ha ocasionado daños, no sólo a su víctima directa, sino a la sociedad en su conjunto. Quedando reservada la intervención del Derecho penal para los casos que la ley califique de especial gravedad, para el cual cabe la adaptación del sistema actual, tal y como está concebido, realizando las adaptaciones correspondientes.

## BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M.: «La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la ley penal del menor», en *Revista de estudios penales y criminológicos*, núm. XXIV, Ed. Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002-2003. Disponible en Internet: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc>. Fecha de consulta: 4/04/2014.

- «Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 43, Ed. La Ley\_Actualidad, Madrid, 2003.
- «Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. Consideraciones en torno al art. 7 de la ley penal del menor», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 6, Ed. La Ley\_Actualidad, Madrid, 2002.

ACADEMIA AMERICANA DE PEDIATRÍA. Disponible en Internet: [www.aap.org](http://www.aap.org).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: Informe 0197/2013, Gabinete Jurídico, Madrid, 2013. Disponible en Internet: [www.agpd.es](http://www.agpd.es). Fecha de consulta: 18/01/2013.

AGUIRRE BAZTÁN, A.: *Psicología de la adolescencia*, Ed. Boixareu Universitaria, Barcelona, 1994.

AGUIRRE FELIPE, J.: *Historia de las itinerancias gitanas: de la India a Andalucía*, Ed. Institución Fernando El Católico, Diputación de Zaragoza, Colección: Estudios, Zaragoza, 2006.

AGUIRRE ZAMORANO, P.: «Medidas aplicables en la legislación de menores», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ALBRECHT, P.A.: *El Derecho penal de menores*. BUSTOS RAMÍREZ, J. (Trad.), Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

- «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Ed. Decker, Munich, 1983.

ALEMÁN MONTERREAL, A.: «Reseña histórica sobre la minoría de edad penal», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade Da Coruña*, núm. 11, Coruña, 2007.

ALMAZÁN SERRANO, A.; IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: *Derecho Penal de Menores*, Grupo Difusión, 2ª ed., Madrid, 2007.

ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «La minoría de edad penal», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 18, año II, Ed. La Ley, Madrid, Julio-Agosto\_2005.

ÁLVAREZ GARCÍA, D.; NÚÑEZ PÉREZ, J. C.; ÁLVAREZ PÉREZ, L.; DOBARRO GONZÁLEZ, A.; RODRÍGUEZ PÉREZ, C.; GONZÁLEZ CASTRO, P.: «Violencia a través de las tecnologías de la información y la comunicación en estudiantes de secundaria», en *Anales de Psicología*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, núm. 1, Vol. 27, Murcia, Enero\_2011.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Nociones fundamentales del Derecho*, Madrid, 1855.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Razones para un proceso penal con menores». MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

- «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada». JIMÉNEZ BURILLO, F.; CLEMENTE DÍAZ, M. (Comp.), en *Revista de Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

ANDRÉS PUEYO, A.: «Violencia juvenil: realidad actual y factores psicológicos implicados». Proyecto MCYT-SEC2001-3821-C05-01, en *Revista Española de Enfermería*, núm. 1, Vol. 29, Ed. Rol, Madrid, 2006.

ANNAN, K.: *Discurso inaugural de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI)*, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, 2003.

ANTÓN FRUCTUOSO, P.: «Conductas adictivas». CABANYES, J; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, Cap. XXXIII, EUNSA, 3ª ed., Pamplona, 2012.

ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVIII, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Mayo-Agosto\_1965.

- «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVIII, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1965.
- «El Código penal de 1870», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIII, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Mayo-Agosto\_1970.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: «Perspectivas criminológicas del fenómeno violento». RUIDIAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDERSA, Madrid, 1998.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, 18ª ed., Madrid, 1986.

ARISTÓTELES: *La Constitución de Atenas*. TOVAR, A. (Trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed. bilingüe, Madrid, 2000.



ARROM LOSCOS, R.: *El proceso penal con implicación de menores (Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores)*, Universitat de les Illes Balears, Servei de Publicacions i Intercanvi Científic, Assaigs Jurídics, Palma de Mallorca, 2002.

ASOCIACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN: «El marco general de medios en España», en *Estudio General de Medios*, Ed. AIMC, Madrid, Enero\_2009. Disponible en Internet: <http://www.aimc.es/-Descarga-Marco-General-No-.html>. Fecha de consulta: 22/01/2014.

- «La audiencia infantil/juvenil de medios en España», en *Estudio General de Medios*, Ed. AIMC, Madrid, Abril\_2008. Disponible en Internet: <http://www.aimc.es/-Audiencia-Infantil-.html>. Fecha de consulta: 22/01/2014.

ASOCIACIÓN PROTÉGELES: «Research on Internet Addictive Behaviours among European Adolescents», Proyecto de Investigación EU NET ADB, en Safer Internet Programme (SI-2001-KEP-4101007), Comisión Europea, National and Kapodestrian University of Athens, Atenas, 2012. Disponible en Internet: <http://www.eunetadb.eu/es/publicaciones>. Fecha de consulta: 24/03/2014.

ARRIBAS COS, M. I.; ROBLES SÁNCHEZ, J. I.: «La ley de responsabilidad penal del menor y el papel del psicólogo y la mediación en la Ley 5/2000», en *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 5, Ed. Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense y la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Madrid, 2005.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID: Acuerdo Unánime de los Magistrados integrantes de las Secciones de lo Penal, 21/12/2006, en *Diario La Ley*, núm. 6667, Ed. La Ley, Madrid, Marzo\_2007.

BACIGALUPO ZAPATERO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Akal, Madrid, 4ª ed., Madrid, 1997.

BARBERO SANTOS, M.: «La delincuencia juvenil en España: imagen y realidad», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1315, Madrid, 1983.

- «Delincuencia juvenil: tratamiento», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972.

BALLESTEROS MOFFA, L. A.: *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Agencia Estatal de Protección de Datos, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

BANDURA, A.; WALTERS, R.H.: *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, Ed. Alianza, Madrid, 1988.

- *Teoría del aprendizaje social*. RIVIÈRE, A. (Trad.), Ed. Espasa Calpe, 3ª ed., Madrid, 1987.

BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho procesal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*. Publicado anónimamente en 1764 y traducido al castellano en 1774, Ed. Temis, 3ª ed., Bogotá, 2005.

BENEDICTO XVI: *Mensaje para la XLV Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales*, Ciudad del Vaticano, Roma, Junio\_2011.

BENITO ALONSO, F.: «Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma», en *Diario La Ley*, núm. 12470, ref. D-111, t. IV, Ed. La Ley, Madrid, Mayo\_2001.

BECKER, H. S.: *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, Free Press of Glencoe, New York, 1973.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; PÉREZ CEPEDA, A. I.: «Derecho penal del menor». BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, t. I, Ed. Iustel, Madrid, 2010.

BERAN, T.; LI, Q.: «The relationship between Cyberbullying and School Bullying», en *Journal of Student Wellbeing*, núm. 2, Vol. 1, University of Calgary, Alberta, Canada, 2007.

BERISTAIN IPIÑA, A.: *Victimología. Nueve palabras clave*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BERNAL ALARCÓN, D. P.: «Cibercultura: una mirada desde la complejidad y la comunicación». I Congreso Online del Observatorio para la Cibernsiedad, en *Observatorio para la Cibernsiedad*, Septiembre\_2002. Disponible en Internet: <http://www.cibersociedad.net/congreso/comms/g04bernal.htm>. Fecha de consulta: 1/02/2013.

BERNUZ BENEITEZ, M. J.: «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-12 (2005). Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>. Fecha de consulta: 1/02/2013.

BETANCOURT SERNA, F.: *Derecho Romano Clásico*, Colección: Manual Universitario Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007.

BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ed. Reus, Madrid, 2009.

- «Normativa específica aplicable al menor». SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.): *Los menores en protección*, Cap.II, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, L. A.; ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. GRACIA MARTÍN, L (Coord.), Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2004.

BRIGADA DE INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL ESPAÑOLA:  
Disponible en Internet:  
[http://www.policia.es/org\\_central/judicial/udef/bit\\_alertas.html](http://www.policia.es/org_central/judicial/udef/bit_alertas.html). Fecha de consulta:  
24/01/2014.

BRINGUÉ SALA, X.; SÁDABA CHALEZQUER, R.: *La Generación Interactiva en Madrid. Niños y adolescentes ante las pantallas*, Colección Generaciones Interactivas – Fundación Telefónica, Madrid, 2011.

- *La Generación Interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, Colección Fundación Telefónica, Ed. Ariel, Madrid, 2009.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: «Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia», *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*. BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (Coord.), Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

BUENO ARÚS, F.: «Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor». Ejemplar dedicado a: «Actual doctrina de imputabilidad penal», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 110, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

- *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Ed. Civitas, 1ª ed., Navarra, 2005.

- «Aspectos sustantivos de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores», en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001.

- «El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de menores elaborado por el Ministerio de Justicia», en *Eguzkilo*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 11, San Sebastián, 1997.
- *Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario*, Ed. Poder Judicial, Madrid, 1984.

BUSTAMANTE DONAS, J.: «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repasando la condición humana en la sociedad tecnológica», en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, núm. 1, Septiembre-Diciembre\_2001. Disponible en Internet: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>. Fecha de consulta: 3/12/2013.

CABANYES TRUFFINO, J.: «Personalidad». En: CABANYES, J; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, Cap. VII, EUNSA, 3ª ed., Pamplona, 2012.

CADILLA BAZ, M.; ALCOCEBA HERNANDO, J. A.: *Jóvenes y medios de comunicación en España: Base de Datos y Repertorio Bibliográficos*, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense, Madrid, Junio\_2007. Disponible en Internet: <http://www.injuve.es/sites/default/files/base%20de%20datos%20y%20repertorio%20bibliografico.pdf>. Fecha de consulta: 3/01/2014.

CALLEJO CARRIÓN, S.: «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 6366, ref. D-273 Ed. La Ley, Madrid, Noviembre\_2005.

CÁMARA ARROYO, S.: *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*. Tesis Doctoral. SANZ DELGADO, E. (Dir.), Departamento de Fundamentos del Derecho y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2011.

- *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, Premio Nacional Victoria Kent, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2010.

CAMPOS SÁNCHEZ, M.: «Incidencia del nuevo Código penal en la legislación de menores», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 24, Murcia, Junio\_1997.

CAMPS CERVERA, V.: «Educar en un entorno audiovisual», en *Revista Participación Educativa*, núm. 9, Consejo Escolar del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, Noviembre\_2008. Disponible en Internet: <http://www.mecd.gob.es/revista-cee/revista/indice-revista09.html>. Fecha de consulta: 23/01/2014.

CANTARERO BANDRÉS, R.: «Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad». CARBONELL MATEO, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B.; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E.; QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2005.

- *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.
- «Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 3, t. XXXIX, fasc. I, Secc. Legislativa, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1985.

CARMONA SALGADO, C.: «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 04-03, Enero\_2002. Disponible en Internet: [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-03.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html). Fecha de consulta: 4/12/2010.

- «Comentario al artículo 19 del nuevo Código Penal». COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, EDERSA, Madrid, 2000.
- «La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica», en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Universidad Internacional de Andalucía, Granada, 1999.

CARNAZZA-RAMETTA, G.: *Studio sul Diritto Penale dei Romani. Anastatica*, Ed. L'Erma di Bretschneider, Roma, 1972.

CARRERAS DE ALBA, R.: «La familia como contexto de desarrollo». RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Criminología y Educación Social, Serie Mayor, Ed. Tirant Lo Blanch, Mayor, Valencia, 2004.

CASABÓ RUIZ, J. R.; CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; DEL TORO MARZAL, A.: *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1976.

- «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXII, fasc. II, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1969.

CASTELLS CUIXART, P.: «Factores de riesgo que generan agresividad y violencia en la adolescencia», en *Anuario Español de Pediatría*, núm. 54, (Supl. 4), Madrid, 2001.

- *Impacto en la juventud de las nuevas tecnologías*, Conferencia pronunciada en el V Congreso Internacional Educación y Sociedad, Granada, Noviembre&Diciembre\_2006.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

CEREZO MUÑOZ, M. F.; ATO GARCÍA, M.: «Estatus social, género, clima del aula y bullying entre estudiantes adolescentes», en *Anales de Psicología*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, núm. 1, Vol. 26, Murcia, Enero\_2010. Disponible en Internet: <http://revistas.um.es/analesps/article/view/92131>. Fecha de consulta: 24/01/2014.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito I*, t. II, 6ª reimpresión, Ed. Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2004. Adenda de actualización 2007.

CERVERA NAVAS, L.: *Lo que hacen tus hijos en Internet*, Ed. Integral RBA Libros, Barcelona, 2009.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Hacia un Derecho penal juvenil en España. A propósito del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor», en *Boletín de Información*, núm. 1771, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1996.

CLONINGER, C. R.: *Personality and psychopathology*, Americam Psychopathological Association, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1999.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 1999.

- «Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código Penal español», en *Revista de Derecho Judicial*, núm. 41, Madrid, 1970.

COHEN, A.K.: *Delinquent Boys. The culture of the Gang*, Free Press, Illionis, 1955.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, V Legislatura, núm. 99, Serie D, Madrid, 1994. Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.



- Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, V Legislatura, núm. 157, Madrid, 1995. Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.
- Diario de Sesiones, núm. 644, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, Madrid, 1999. Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.

CONSEJO DE ESTADO: Dictamen núm. 3421/2002, de 23 de enero. Disponible en Internet: [http://www.oijj.org/sites/default/files/documental\\_734\\_es.pdf](http://www.oijj.org/sites/default/files/documental_734_es.pdf). Fecha de consulta: 23/03/2014.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial (BOE núm. 110, de 9 de mayo).

- Acuerdo de 16 de junio de 1987, por el que se aprueba el reglamento para la obtención de la especialización como Juez de Menores (BOE núm. 166, de 13 de julio).
- Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia de Menores, Madrid, 28 de octubre de 1997. Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 144-1 (BOCG, de 3 de noviembre de 1998).

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: Circular 5/2007, de 4 de enero de 2007. Disponible en Internet: <http://www.icava.org/legislacion/transitorio1821.pdf>. Fecha de consulta: 13/05/2014.

CORDÓN MORENO, F.: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2002.

CORTES GENERALES: Diario de sesiones, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, serie A, núm. 644 (BOCG, de 16 de marzo de 1999). Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es). Fecha de consulta: 14/12/2012.

- Moción parlamentaria de 10 de mayo de 1994, sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, así como criterios a seguir para dotar a las instituciones de instrumentos eficaces y adecuados para realizar las funciones que tienen encomendadas, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie D, núm. 99. Mociones consecuencia de interpelaciones urgentes núm. 173/000037 (BOCG, de 17 de mayo de 1994).
- Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, I Legislatura, núm. 105 (BOCG, de 1 de julio de 1978). Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es). Fecha de consulta: 14/12/2012.
- Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, I Legislatura, núm. 68 (BOCG, de 17 de mayo de 1978). Disponible en Internet: [www.senado.es](http://www.senado.es). Fecha de consulta: 14/12/2012.

CRUZ Y CRUZ, E.: «El concepto de menores infractores», en *Revista de Posgrado en Derecho*, núm. 5, Vol. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007. Disponible en Internet: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Fecha de consulta: 8/05/2012.

- «La edad penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 77, EDERSA, Madrid, Junio\_2002.

CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1964.

- «El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. V, fasc. II, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1952.

- *Criminalidad infantil y juvenil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1934.
- «La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española», en *Revista Penitenciaria*, año II, t. II, Ed. Eduardo Arias, Madrid, 1905.

CUELLO CONTRERAS, J.: «Reflexiones de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-01(2010), Marzo\_2010. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-01.pdf>. Fecha de consulta: 10/09/2011.

- *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Ed. Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2002.
- *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001.
- «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-332, t. 6, Ed. La Ley, Madrid, 2001.

DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID: «Menores y Televisión. Encuesta sobre hábitos, actitudes y uso del medio entre los niños y niñas de la Comunidad de Madrid», Ed. Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Madrid, 2010. Disponible en Internet: [http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/interes/Menores\\_y Televisi%00n](http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/interes/Menores_y_Televisi%00n). Fecha de consulta: 5/11/2010.

- Informe anual de 2009. En: *Niños e Internet: no permitas que hablen con extraños*. Disponible en Internet: [www.enlaredprotege.com](http://www.enlaredprotege.com). Fecha de consulta: 1/05/2010.

DEFENSOR DEL PUEBLO-UNICEF: «Programación y contenidos de la televisión e Internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos», en *Informes, Estudios y Documentos*, Ed. Defensor del Pueblo, Madrid, 2010. Disponible en Internet: [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Prog\\_Tv\\_Internet.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Prog_Tv_Internet.pdf). Fecha de consulta: 22/01/2014.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I.: *Menores infractores y sistema penal*, Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, 2010.

- «¿Es posible un modelo comparado de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?», en *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-09 (2008), Agosto\_2008. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-09.pdf>. Fecha de consulta: 01/03/2014.

- «El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España», en *Revue Électronique de l'A Internationale de Droit Pénal/Electronic Review of the International Association of Penal Law*, A-03, Ed. Érès, Toulouse, 2006. Disponible en Internet: <http://www.penal.org/IMG/MenoresJLCIB.pdf>. Fecha de consulta: 2/04/2014.

- «Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España», en *Estudios Jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Colab.), Vol. I, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1998.

DE LA FUENTE, V.: «El Hermano Toribio», en *Revista Penitenciaria*, Sección Doctrinal, año III, t. III, entrega 1ª, Ed. Eduardo Arias, Madrid, 1907.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2007.

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: «Los principios del Derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia», en *Revista Tribunales de Justicia*, núm. 11, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, Noviembre\_2003. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 12/01/2014.

- *El fenómeno de la delincuencia juvenil: causas y tratamiento*, Encuentros multidisciplinares, núm. 13, Vol. 5, Ed. Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003.

DE LEO, G.: *La justicia de menores en España*, Ed. Teide, 2ª ed., Barcelona, 1985.

DE LUCAS COLLANTES, M.: «Psicología evolutiva». En: CABANYES, J; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, Cap. X, EUNSA, 3ª ed., Pamplona, 2012.

DEL MORAL GARCÍA, A.: «La huida al derecho penal», en *Revista Aceprenta*, núm. 10/11, Ed. Aceprenta SA, Madrid, Febrero\_2011.

- «Actualidad y futuro de la mediación penal», en *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar*, núm. 41, Ed. Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, Julio\_2010.
- «Humanizar la justicia: propuesta en política criminal y penitenciaria», en *Corintios XIII. Revista de Teología y Pastoral de la Caridad*, núm. 97-98, VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Departamento de Pastoral Penitenciaria, Conferencia Episcopal Española, Madrid, Enero-Junio\_2001.

DE RODY, A.: «Instituciones para menores delincuentes», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 21, año II, Madrid, Diciembre\_1946.

DIARIO ABC, miércoles 10/02/2010.

DÍAZ GÓMEZ, A.: «El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: el Convenio de Budapest», en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, núm. 8, Ed. Universidad de la Rioja, Logroño, Diciembre\_2010. Disponible en Internet: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/diaz.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/2014.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L. : *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

- «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, Mayo\_2004. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. Fecha de consulta: 20/12/2010.
- «La nueva política criminal española», en *Cuad del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 17, Publicaciones Eguzkilore, Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2003.

DODERO FUEJO, M.: «Socialización: familia y escuela». RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Criminología y Educación Social, Serie Mayor, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

DOLZ LAGO, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, núm. 7575, Secc. Doctrina, Año XXXII, Ref. D-85, Ed. La Ley, Madrid, Febrero\_2011.

- *Comentarios a la legislación penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

EBERSTADT, M.; LAYDEN, M. A.: «The social costs of pornography. A statement of findings and recommendations». STONER, J. R.; HUGHES, D. M. (Eds.), *The social costs of pornography. A collection of papers*, The Witherspoon Institute, Ed. Thomson-Shore, Princeton, New Jersey, 2010.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: *¿Adicciones sin drogas? Las nuevas adicciones: juego, sexo, comida, compras, Internet*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.

ERDUR-BAKER, O.: «Cyberbullying and its correlation to traditional bullying, gender and frequent and risky usage of internet-mediated communication tools», en *New Media & Society*, núm. 1, Vol. 12, Middle East Technical University, Ankara, February\_2010.

EYSENCK, H. J.; EYSENCK, M. W.: *Personalidad y diferencias individuales*, Ed. Pirámide, Madrid, 1987.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: «Las Teorías Clásicas de la Pena», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 11. URQUIZO OLAECHEA, J. (Dir.), Ed. IDEMSA, Lima, Septiembre\_2002.

FEIXA PÀMPOLS, C.: «Ser joven: hoy, ayer, mañana», en *Jóvenes y valores*, Publicaciones de la Obra Social de la Fundación La Caixa, Barcelona, 2006.

FENNELL, S. A.; HALL, W. N.: «Due process at sentencing: an empirical and legal análisis of the disclosure of presentence reports in federal courts», en *The Harvard Law Review Association*, núm. 8, Vol. 93, Boston, Junio\_1980. Disponible en Internet: <http://www.jstor.org/stable/1340619>. Fecha de consulta: 30/10/2013.

FERNÁNDEZ DOLS, J. M.: «De la violencia y otros trapos sucios. Una introducción a la psicología social». RUIDIAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDERSA, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Historia e historiografía constitucionales en España: una nueva perspectiva*, núm. 68, Ed. Ayer, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, Cap. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; RUIZ MIGUEL, A.; BAYÓN MOHINO, J. C.; TERRADILLOS BASOCO, J.; CANTARERO BANDRÉS, R. (Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 1998.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 2/2001, de 28 de junio, sobre la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores.

- Circular 3/1995, de 27 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.
- Circular 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.
- Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: su incidencia en el enjuiciamiento de los hechos anteriores. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.
- Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.



- Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 26/11/2012.
- Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil. Disponible en Internet: [https://extension.uned.es/archivos\\_publicos/webex\\_actividades/4863/consumido\\_rjdc7.pdf](https://extension.uned.es/archivos_publicos/webex_actividades/4863/consumido_rjdc7.pdf). Fecha de consulta: 13/02/2014.
- Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 5/02/2014.
- Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del art. 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Instrucción 2/2011, de 11 de octubre, sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las Secciones de Criminalidad Informática de las Fiscalías. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 24/01/2014.

FONAGY, P.: «Towards a developmental understanding of violence», en *British Journal of Developmental Psychiatry*, núm. 183, Ed. Royal College of Psychiatrists, Londres, 2003.

FRANSOY i MOLINA, P.: *Las medidas en medio abierto y su ejecución*. Madrid, 14 y 15 junio 2000.

FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-16, Noviembre\_2005. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>. Fecha de consulta: 10/02/2010.

FUNDACIÓN PER A LA RECERCA: Programa «Internet Segura», en *Revista Digital Educa-Madrid*, Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003.

FUNDACIÓN PFIZER: *Informe sobre la Juventud y redes sociales en Internet*, Septiembre\_2009.

FUNES ARTIAGA, J.: «La nueva ley penal juvenil: una lectura en clave educativa y que intenta ser ilusionada», en *Educación Social: revista de intervención socioeducativa*, núm. 18, Universitat Ramón Llull, Ed. Pere Tarrés, Barcelona, 2001.

GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.; GARCÍA MARÍN, J. M.: *El Derecho Histórico de los Pueblos de España*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 8ª ed., Madrid, 1994.

GALINDO CÁCERES, J.: «Comunidad virtual y cibercultura», en *Época II*, núm. 5, Vol. III, Colima, 1997.

GARCÍA ARÁN, M.; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed, Valencia, 1996.

GARCÍA FERNÁNDEZ, F.: *Las redes sociales en la vida de tus hij@s*, Ed. Foro Generaciones Interactivas, Pamplona, 2010.

GARCÍA MORENO, J. M.: «Principales Convenios del Consejo de Europa en materia de cooperación judicial penal», en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 3, Año VII, Ed. El Derecho, Madrid, Mayo\_2011.

GARCÍA PÉREZ, O.: «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico», en *Revista Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 3, Ed. UNED, Madrid, 1999.

GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.

- *Los presos jóvenes: Apuntes de la España del siglo XIX y principios del XX*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, Vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2013.

- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. Tirant Lo Blanc, 7ª ed., Valencia, 2013.

- *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant Lo Blanch, 4ª ed. actualizada, Valencia, 2009.

- «Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la L.O. 5/2000, de 12 de enero». RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, I.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (Eds.), *Los menores ante el Derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado)*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

- «Principales centros de interés de la investigación criminológica», en *Studia Iuridica 100. Ad Honorem – 5. Separata de Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, Boletim da

Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- «El principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *ius puniendi*». GONZÁLEZ RUS, J. J. (Coord.). Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, en *Estudios Penales y jurídicos*, Córdoba, 1996.
- «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores». MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M (Dir.). Ejemplar dedicado a menores privados de libertad, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, Madrid, 1996.
- «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)». Victimología, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- «Policía y criminalidad en el Estado de Derecho», en *Policía y Sociedad*, Dirección General de la Policía, Ministerio del Interior, Madrid, 1990.
- «Policía y delito a la luz de la Criminología», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, 1989 (2). Publicado también: en *Doctrina Penal*, núm. 49/52, Buenos Aires, 1990.
- «La normalidad del delito y el delincuente», Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. XI, Madrid, 1986.
- *Problemas actuales de la criminología*, Publicaciones Instituto de Criminología, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1984.

GARFINKEL, H.: «Conditions of Successful Degradation Ceremonies», en *Symbolic Interactionism*, Ed. Manis & Meltzer, Boston, 1972.

GARMENDIA LARRAÑAGA, M. S.; GARITAONANDIA GARNACHO, C.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, G.: «How young people use the Internet: habits, risks and paternal control», Working Paper, Congreso Internacional Fundacional, AEIC, Ed. Asociación Española de Investigación y Comunicación, Santiago de Compostela, 2008. Disponible en Internet: <http://www.ehu.es/es/web/eukidsonline/txostenak>. Fecha de consulta: 3/01/2014.

GARRIDO GENOVÉS, V.: *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

GIL RUBIO, J.: «Pedofilia virtual», en *Diario La Ley*, núm. 6961, Ed. La Ley, Madrid, Junio\_2008.

GIMBERNART ORDEIG, E.: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1990.

GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E.: «La justicia juvenil en España: un modelo diferente». MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

- «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar». GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Cap. I, Consejo General del Poder Judicial, núm. 9, Madrid, 2000.
- «La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000». GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 18, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- «La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador», en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XV, Madrid, 1993.

- «La mayoría de edad penal en la reforma», en *Política criminal y reforma penal, Homenaje al Prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, EDERSA, Madrid, 1993.
- «La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita». BUSTOS RAMÍREZ, J. (Dir.), *Un Derecho penal del menor*, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1992.
- «Jóvenes y cuestión penal en España», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 3, Madrid, Abril\_1988.
- «Justicia de menores y ejecución penal», en *Revista Poder y Control*, núm. O, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.
- *Delincuencia juvenil y control social*, Ed. Círculo Editor Universo, Barcelona, 1981.

GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal penal*, Ed. Colex, Madrid, 1999.

- *Derecho procesal. Proceso penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.
- «Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», en *Justicia Penal: Revista del Poder Judicial*, núm. II (especial), Madrid, 1988.

GLAESER, B.: «Victim-offender mediation in cases of domestic violence», en *Third Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice. Restorative Justice: Where are we heading?*, Budapest, 14-16 October\_2004.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

- «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en *El pensamiento penal de Beccaría: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

GÓMEZ HIDALGO, J. I.: «Minoría de edad penal y la Jurisdicción Militar», en *Revista El Derecho*, núm. 152, Madrid, 2000.

GÓMEZ PAVÓN, P.: «Marco legal de la violencia juvenil». En: RUIDIAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDESA, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ CIEZA, L.; LÓPEZ MILLÁN, A.: «Menores infractores: ejecución de medidas judiciales en la Comunidad de Madrid», en *EduPsykhé Revista de Psicología y educación*, vol. 12, núm. 2, Universidad Camilo José Cela, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Jóvenes y cuestión penal en España», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 3, Madrid, Abril\_1988.

- «Epílogo». En: DE LEO, G.: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, Ed. Teide, Barcelona, 1985.
- «La justicia de menores en España». En: DE LEO, G.: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, Ed. Teide, Barcelona, 1985.
- «Jóvenes, desviación y reacción social: hacia un nuevo derecho penal de menores», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 11, Madrid, Junio\_1984.
- «Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, núm. 37-40, Madrid, 1983.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría de Estado de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1902.

GUARNÉ CABELLO, B.: *Representación y cultura audiovisual en la sociedad contemporánea*. ARDÈVOL PIERA, E.; MUNTAÑOLA THORNBERG, N. (Coord.), Ed. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2004.

GUINZBURG, I. : *El Talmud*. RESNIK, S. (Trad.), Ed. Maxtor, Valladolid, 2009.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L.: «Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la información como valor económico de empresa». MAZUELOS COELLO, J. (Comp.), *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Ed. San Marcos, Lima, 1997.

- *Fraude informático y estafa*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

HALLENGTEAD, R.: *Definición de adolescencia. La educación de la sexualidad humana, individuo y sociedad*, Ed. Conapo, México, 2005.

HALS, R. E.; YUDOFKY, S. C.; TALBOTT, J. A.: *Tratado de Psiquiatría* , Ed. Áncora, Barcelona, 1996.

HAVIGHURST, R. S.; TABA, H.: *Carácter y personalidad del adolescente*, Ed. Marova, Madrid, 1972.

HEINZ, W.: «Kinder –und Jugendkriminalität. Ist der Strafgesetzgeber gefordert?», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 3, vol. 114, Ed. Walter Mouton de Gruyter, Berlin, 2002.

HERRERO HERRERO, C.: «Tipologías de delitos y de delincuentes en la delincuencia juvenil actual. Perspectiva criminológica», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 41, Ed. La Ley\_Actualidad, Madrid, 2002. Disponible en Internet: [http://www.acaip.info/docu/menores/delincuencia\\_juvenil\\_actual.pdf](http://www.acaip.info/docu/menores/delincuencia_juvenil_actual.pdf). Fecha de consulta: 10/02/2011.



HERVADA XIBERTA, J.: *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, 10ª ed., Pamplona, 2011.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *Derecho Penal Juvenil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

- «Antecedentes históricos de la minoría de edad penal», en *Revista Actualidad Penal*, núm. 34, t. III, Ed. La Ley\_Actualidad, Madrid, 2003.

HOYO SIERRA, I. A.: *Los menores ante el Derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado)*. RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, I.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (Eds.), Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, 15ª ed., Barcelona, 2004.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITA, J. M.: «La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la ley de responsabilidad penal del menor», en *Diario La Ley*, núm. 5240, Ed. La Ley, Madrid, Febrero\_2001.

JÄGER, C.H.: «Jugend zwischen Schuld und Verantwortung. Was kann eine strafzweckorientierte Schuld –und Verantwortungslehre zum Verständnis des Jugendstrafrechts beitragen», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 6, Mannheim, 2003.

JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (Trad.), Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2000.

- *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (Trad.), CUELLO CONTRERAS, J. (Ed.), Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, 2ª ed. corregida, Madrid, 1997.

JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. OLMEDO CARDENETE, M. (Trad.), Ed. Comares, 5ª ed. corregida y ampliada, Granada, 2002.

JIMÉNEZ BURILLO, F.; CLEMENTE DÍAZ, M.: *Psicología social y sistema penal*, Ed. Alianza Universidad Textos, Madrid, 1986.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho penal*, t. VI, Ed. Losada S.A., 3ª ed., Buenos Aires, 1964.

JUNGER-TAS, J.: «La Justice des Mineurs hier et demain», *Jornadas sobre Educación y Control*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, Diciembre\_1987.

KAISER, G.: *Criminología*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1978.

LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho Penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2007.

- *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, 6ª ed., Barcelona, 2005.
- «El nuevo derecho penal juvenil». En: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ROMEO CASABONA C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Revista La Ley*, núm. 5084, Ed. La Ley, Madrid, Junio\_2000.
- «La Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», en *Revista La Ley*, núm. 5083, Ed. La Ley, Madrid, 2000.

LASALA NAVARRO, G.: «La cárcel y los niños durante las Edades Media y Moderna», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año I, núm. 8, Madrid, Noviembre\_1945.

LEMERT, E.M.: *Social Pathology. A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behavior*, Ed. McGraw-Hill, New York, U.S., 1951.

LI, Q.: «Bullying in the new playground: Resourch into cyberbullying and cyber victimisation», en *Australasian Journal of Educational Technology*, vol. 23, núm. 4, Faculty of Education, University of Calgary, Toronto, Canada, 2007. Disponible en Internet: <http://www.ascilite.org.au/ajet/ajet23/li.html>. Fecha de consulta: 24/01/2014.

LIVINGSTONE, S.; HADDON, L.: *EU Kids Online. Opportunities and risks for children*, London School of Economics and Political Science, London, September\_2009.

- *EU Kids Online: Final Report*, EC Safer Internet Plus Programme Deliverable, D6.5, London School of Economics and Political Science, London, 2009.
- *EU Kids Online I*, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2006-2009. Disponible en Internet: [www.eukidsonline.net](http://www.eukidsonline.net). Fecha de consulta: 10/12/2013.
- *EU Kids Online II*, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2009-2011. Disponibles en Internet: [www.eukidsonline.net](http://www.eukidsonline.net). Fecha de consulta: 10/12/2013.
- *EU Kids Online III*, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2011-2014. Disponibles en Internet: [www.eukidsonline.net](http://www.eukidsonline.net). Fecha de consulta: 10/12/2013.

LOPERA MESA, G. P.: «Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 70, Madrid, 2011.

- *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006.

LOZANO MIRALLES, J.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), vol. II., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

LÓPEZ MORENO, J.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.: «La World Wide Web como vehículo de delincuencia: supuestos frecuentes», en *Internet y Derecho penal*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2002.

LA GRECA, G.: «Hacia una nueva justicia para menores». ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Trad.), en *Revista del Poder Judicial*, núm. 14, Madrid, 1985.

MACHADO RUIZ, M. D.: «Minoría de edad e imputabilidad penal», en *Revista Actualidad Penal*, t. I, núm. 3, Ed. La Ley\_Actualidad, Madrid, 2003.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal español», en *Diario La Ley*, año XXX, núm. 7255, Madrid, Octubre\_2009.

- *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2007.

MANZINI, V.: *Paleontología criminal*. BERNALDO DE QUIRÓS, C. (Trad.), Ed-Viuda de Rodríguez Sierra S.A., Madrid, 1905.

MAPELLI CAFFARENA, B.: «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad», en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MARTÍN SÁNCHEZ, A.: *Justicia de menores: una justicia mayor*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

- «La minoría de edad penal». En: DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. (Dir.): «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, EDESA, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ BRETONES, M.V.: *Gustav Radbruch. Vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 47, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2003.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Justicia reparadora, mediación y sistema penal. Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?», en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernart*, t. I, Ed. Edisofer, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: «La minoría de edad penal», en *Cuadernos de política-criminal*, núm. 20, EDESA, Madrid, 1983.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: «Menores privados de libertad en España», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. Disponible en Internet: <http://ppje.poderjudicialchiapas.gob.mx/pdfs/1996-25.pdf>. Fecha de consulta: 17/09/2012.

MARTÍNEZ SERRANO, A.: «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000». En: ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. (Dir.): «La Responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, L.; CUELLO CONTRERAS, J.: «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-332, t. 6, Ed. La Ley, Madrid, 2001.

MATA MARTÍN, R. M.: «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», en *Revista Penal*, núm. 18, Madrid, 2006.

MATALLÍN EVANGELIO, A.: «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. XXII, Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.

MAYER, H.: *Straferecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967.

MAYER, M.E.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007.

MELIÁN GARCÍA, A.; CABANYES TRUFFINO, J.: «Salud mental». En: CABANYES, J; MONGE, M. A. (Eds.): *La salud mental y sus cuidados*, cap. IX, EUNSA, 3ª ed., Pamplona, 2012.

MIDDENDORFF, W.: *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. London, 8-19 August 1960*, United Nations, A/CONF.17/20, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° 61.IV.3, New York.

MINGO BASAÍL, M. L.: «Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular», en *Diario La Ley*, núm. 6099, Secc. Doctrina, Año XXV, Ref. D-197, Ed. La Ley, Madrid, Octubre\_2004.

MINISTERIO DE INTERIOR: Instrucción 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

MINISTERIO DE JUSTICIA: *Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012*, Acuerdo del Consejo de Ministros, Gobierno de España, Madrid, 18 de septiembre\_2009. Disponible en Internet: [http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009\\_2012.pdf](http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009_2012.pdf). Fecha de consulta: 28/02/2014.

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: Resolución de 8 de abril de 2011, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Convenio de Colaboración con la Comunidad de Madrid, para la ejecución de medidas cautelares de internamiento y de las de régimen cerrado impuestas en sentencia o auto, dictadas por el Juzgado Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, en aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA)*. Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013. Ed. Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia, Madrid, 2013.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009 (I PENIA)*. SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES, FAMILIAS Y DISCAPACIDAD (Coord.). Refrendado en el Pleno del Observatorio de la Infancia en reunión de 24 de mayo de 2006. Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006. Ed. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, 8ª ed., Barcelona, 2008.

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, 21ª ed., Valencia, 2013.

MONTERO HERNÁNZ, T.: *Legislación Penal Juvenil Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

- «La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 7655, Secc. Doctrina, Año XXXII, Ed. La Ley, Madrid, Junio\_2011.
- «El principio de intervención mínima en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 7473, ref. D-279, Ed. La Ley, Madrid, Septiembre\_2010.
- «Las modificaciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, Año XXVIII, núm. 6829, Ed. La Ley, Madrid, Noviembre\_2007.

MONTES, J.: *Derecho Penal español. Parte General*, vol. I, Ed. M. Núñez Samper, Madrid, 1917.

MORA ALARCÓN, J. A.: *Derecho penal y procesal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MORALES DOMÍNGUEZ, J. F.; MOYA MORALES, M. C.; GAVIRIA STEWART, E.; CUADRADO GUIRADO, M. I.: *Psicología Social*, Ed. McGraw-Hill, 3ª ed., Madrid, 2007.

MORILLAS CUEVA, L.: «Nuevas tendencias del Derecho penal: una reflexión dirigida a la cibercriminalidad», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 94, EDESA, Madrid, 2008.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: *Análisis Dogmático y Criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Colección Monografías de Derecho Penal, núm. 4, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2005.



MOVILLA ÁLVAREZ, C.: «Notas para una reforma de la justicia de menores», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 16, Madrid, 1985.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 8ª ed., Valencia, 2010.

MUÑOZ GARCÍA, F.: «Sobre los contenidos televisivos», Fragmento de la exposición a la Comisión Especial, en *Diario de Sesiones del Senado*, Cortes Generales, Madrid, Marzo\_1994.

NAVARRO COSTA, R.: «El menor ante el Derecho». SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.), *Los menores en protección*, cap. I, Grupo difusión, Madrid, 2007.

NAVARRO FRÍAS, I.: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, Barcelona, Abril\_2010. Disponible en Internet: [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de consulta: 5/09/2013.

NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.

- Prólogo. BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

OBSERVATORIO INTECO y ORANGE: *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, Madrid, Abril\_2010. Disponible en Internet: [http://www.inteco.es/Estudios/Estudio\\_moviles\\_menores](http://www.inteco.es/Estudios/Estudio_moviles_menores). Fecha de consulta: 4/2/2014.

- *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TICs en niños y niñas adolescentes y e-confianza de sus padres*, Madrid, 2009. Disponible en Internet: [http://www.inteco.es/Estudios/Estudio\\_ninos](http://www.inteco.es/Estudios/Estudio_ninos). Fecha de consulta: 4/2/2014.

OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: *Informe Infancia y Adolescencia en la Sociedad de la Información*, Ed. Red.es, Ministerio de Industria, Turismo e Industria, Madrid, Junio\_2005. Disponible en Internet: <http://www.ontsi.red.es/ontsi/es/estudios-informes/infancia-y-adolescencia-en-la-sociedad-de-la-informaci%C3%B3n-junio-2005>. Fecha de consulta: 12/12/2013.

OCHAÍTA ALDERETE, E.; ESPINOSA BAYAL, M. A.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, H.: «Las necesidades adolescentes y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», en *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 92, Ed. Instituto de la Juventud, Madrid, Marzo\_2011. Disponible en Internet: <http://www.injuve.es/sites/default/files/RJ92-07.pdf>. Fecha de consulta: 04/11/2012.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, Vol. I, Ed. Rafael Castellano, 2ª Ed. corregida y aumentada, Madrid, 1986.

OFFER, D.; BOXER, A.M.: «Normal Adolescent Development: Empirical Research Findings». En: HALS, R. E.; YUDOFKY, S. C.; TALBOTT, J. A.: *Tratado de Psiquiatría*, Ed. Áncora, Barcelona, 1996.

OLIVA DELGADO, A.: «Adolescencia en España a principios del siglo XXI», en *Revista Cultura y Educación*, vol. 15(4), Ed. Liliana Tolchinsky, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003.

OREA OCHOA, S. P.: «Principio acusatorio y justicia de menores», en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F. Octubre\_2005. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/20.pdf>. Fecha de consulta: 23/09/2013.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *World Youth Report 2005. Young People Today and in 2015*, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publications, New York, October, 2005. Disponible en Internet: <http://undesadspd.org/WorldYouthReport/2005.aspx>. Fecha de consulta: 20/01/2014.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *I Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, Ginebra, 2002. Disponible en Internet: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/es/summary\\_es.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf). Fecha de consulta: 2/04/2014.

ORIVE RIVA, P.: «Crisis de la adolescencia y su proyección criminológica». En: ESCUELA DE ASISTENTES SOCIALES: *El riesgo de la delincuencia juvenil en la sociedad actual*, EUNSA, Navarra, 1973.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores*, Ed. Bosch, 4ª ed., Barcelona, 2007.

- *Derecho Penal de Menores: Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, Ed. Bosch, 4ª ed., Barcelona, 2007.
- «La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?», en *Cuadernos del Poder Judicial*, núm. XXVII, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Septiembre\_1992.

OST, F.: «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez». LIFANTE VIDAL, I. (Trad.), en *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Alicante, Alicante, 1993. Disponible en Internet: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf). Fecha de consulta: 5/02/2014.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «Los presupuestos de la obligación nacida del acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual», en *Revista Actualidad civil*, núm. 1, Ed. La Ley, Madrid, 1987.

PANTOJA GARCÍA, F.: «Ayer y hoy de la respuesta sancionadora a los menores». En: GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra, Ministerio del Interior, Madrid, 2006.

- «Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 23, Madrid, Marzo\_1994. Disponible en Internet: <http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/nRevista.asp>. Fecha de consulta: 14/06/2013.
- «Particularidades en el caso de los menores de edad penal». En: *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 29, Madrid, 1993.

PAVÓN PÉREZ, J. A.: «La labor del Consejo de Europa en la lucha contra la cibercriminalidad», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003.

PÉREZ BARCO, M. J.: *Entrevista a Arturo Canalda, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid*, Diario ABC-ABC Familia, Madrid, 3/06/2011.

PÉREZ JIMÉNEZ, F.: *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

PÉREZ-VITORIA MORENO, O.: *La minoría penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940.

- POLAINO NAVARRETE, M.: *Estudios penales*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1ª ed., Córdoba, 1988.

PORTILLA CONTRERAS, G.: «Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor». En: *Protección Jurídica del Menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Ed. Comares, Sevilla, 1997.

PRADA PRESA, A.: «Hacia un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo», *Discurso inaugural I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de los Menores. Madrid, 12 y 13 de febrero de 2008*, Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, Vicepresidencia Segunda y Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008.

PRENSKY, M.: «Digital Natives, Digital Immigrants», en *On the Horizon*, NCB University Press, vol. 9, núm. 6, Lincoln, October\_2001.

- «Do They Really Think Differently», en *On the Horizon*, NCB University Press, vol. 9, núm. 6, Lincoln, December\_2001.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. MORALES PRATS, F. (Colab.), Ed. Thomson-Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2007.
- *Manual de Derecho penal. Parte General*. MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M. (Colab.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.

RADBRUCH, G.: *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. AZARETO DE VÁSQUES, M.I. (Trad.), Aveledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

REMPLEIN, H.: *Tratado de psicología evolutiva*, Ed. Labor, Barcelona, 1971.

RÍOS MARTÍN, J. C.: «La ley de responsabilidad penal de los menores: cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 53, ICADE, Madrid, 2001.

- *La infancia en conflicto social. Tratamiento socio-jurídico*, Ed. Cáritas Española, Madrid, 1998.
- «El menor ante la ley penal: educación vs. penalización», en *Actualidad Penal*, Ed. La Ley\_Actualidad, Madrid, 1994.
- *El menor infractor ante la Ley penal*, Ed. Comares, Granada. 1993.
- «Críticas a la reforma penal de la Ley Orgánica 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores», en *Actualidad Penal*, núm. 33, t. II, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1992.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2000.

ROCHER, G.: *Introducción a la Sociología General*, Ed. Herder, 11ª ed., Barcelona, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «Problemática jurídica de la delincuencia de menores». Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago de Compostela: *Delincuencia juvenil*, A.G. Galicia, Vigo, 1973.

- «El II Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 19, fasc./mes 3, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1966.

RODRÍGUEZ MESA, M.J.: «Las razones del Derecho Penal. Modelos de fundamentación y legitimación», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 09-10 (2007), Madrid, Diciembre\_2007. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>. Fecha de consulta: 5/03/2014.

RODRÍGUEZ TABOADA, A.: «Teorías que explican los factores etiológicos de la delincuencia juvenil», en *Revista de Psicología Liberabit*, vol. 3, Universidad San Martín de Porres, Lima-Perú, 2010. Disponible en Internet: <http://www.revistaliberabit.com/revista3.php>. Fecha de consulta: 10/02/2011.

ROIG TORRES, M.; ORTS BERENGUIR, E.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

ROMEO CASABONA, C. M.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

ROXIN, C.: «Problemas actuales de política criminal». En: DIAZ ARANDA, E.; GIMBERNART ORDEIG, E.; JAGER, C.; ROXIN, C.: *Problemas fundamentales de la política criminal y Derecho penal*, Instituto de Investigaciones Científicas, Serie Ensayos Jurídicos, Vol. 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Enero\_2001.

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. LUZÓN PEÑA, D. M.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M.; DE VICENTE REMESAL, J. (Trad.), Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1999 (reimpresión en 2006).
- *Política criminal y sistema del derecho penal*. MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), Col. Claves del Derecho Penal, Vol. 2, Ed. Hamurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 2000 (reimpresión 2002).
- «¿Tiene futuro el Derecho Penal?», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 49, Revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Enero\_1998.
- *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H.

(Trad.), Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Marcial Pons, Barcelona, 1992.

- «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid, 1991.

RUBIO GIL, A.; MENOR SENDRA, J. J.; MESA OLEA, M. J.; MESA OLEA, B.: *Adolescentes y jóvenes en la Red: Factores de oportunidad*, Ministerio de Igualdad, INJUVE, Madrid, Marzo\_2010.

RUEDA MARTÍN, M. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.

RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Ed. Tirant «Criminología y Educación Social», Serie Mayor, Valencia, 2004.

SABATER TOMÁS, A.: *Los delincuentes jóvenes: estudio sociológico y penal*, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1967.

SÁDABA CHALEZQUER, R.; BRINGUÉ SALA, X.: «Adolescentes españoles ante las pantallas: rasgos configuradores de una generación interactiva», en *Revista Participación Educativa*, núm. 15, Consejo Escolar del Estado, Ed. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, Noviembre\_2010. Disponible en Internet: <http://www.mecd.gob.es/revista-cee/pdf/n15-sadaba-chalezquer.pdf>. Fecha de consulta: 24/12/2013.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: «Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores», en *Centro de Estudios Jurídicos*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2005. Disponible en Internet: [http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios\\_judiciales/SECJUD24.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD24.pdf). Fecha de consulta: 22/12/2011.



SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Constitucionales, 4ª ed., Madrid, 1984.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «La mediación en el Derecho penal de adultos: análisis de una experiencia y propuestas de *lege ferenda*», en *Centro de Estudios Jurídicos*, Publicaciones Fiscales, Madrid, 2004. Disponible en Internet: <http://www.cej-mjusticia.es>. Fecha de consulta: 30/01/2014.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: «La reforma de la Ley Penal del Menor por la LO 8/2006», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, Ed. Junta de Castilla y León, Valladolid, Mayo\_2008. Disponible en Internet: [http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/\\_/1213607855547/Redaccion](http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1213607855547/Redaccion). Fecha de consulta: 12/10/2013.

- «La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», en *Actualidad Penal*, núm. 33, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2000.
- *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- «Minoría de edad penal y derecho penal juvenil. Aspectos políticos criminales», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12, Publicaciones Eguzkilore, Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1998. Disponible en Internet: [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin\\_revista/ivcke\\_i\\_eguzkilore\\_indizea/es\\_eguzkilo/eguzkilore\\_indizea.html](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_i_eguzkilore_indizea/es_eguzkilo/eguzkilore_indizea.html). Fecha de consulta: 28/05/2012.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores en la LO 4/1992*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.

- «La jurisdicción de menores en España. (Pasado, presente y futuro)». Tesis doctoral. MARTÍNEZ PEREDA, J. M. (Dir.), Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996. Disponible en Internet: <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0022901.pdf>. Fecha de consulta: 14/06/2013.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *La violencia en el Derecho penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP de 1995*, Ed. Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1999.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Consecuencias penales de la educación en casa». BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (Coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos y de conciencia*, Cap. III, Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

SANTA CECILIA GARCÍA, F.: «Binomio delincuente-víctima en la Criminología». HOYO SIERRA, I. A.; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. (Eds.), *La relación jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

- «Daños patrimoniales imprudentes en el Código Penal de 1995». OCTAVIO DE TOLEDO URBIETO, E. (Coord), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- «La responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto del Código Penal de 1992», en *Derecho Penal y Política Criminal*, EDESA, Madrid, 1992.

SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.

SANZ HERMIDA, A. M.: *El nuevo proceso penal del menor*. GIMENO SENDRA, V. (Pról.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002.

SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003.

SCHNEIDER, H. J.: «La criminalidad en los medios de comunicación de masas», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 36, EDESA, Madrid, 1988.

- *Kriminologie*, Ed. Walter de Gruyter Incorporated, Berlín – Nueva York, 1987.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD: Instrucción SES 11/2007, de 12 de septiembre, por la que se aprueba el Protocolo de Actuación Policial con menores.

SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa: perspectiva ética y jurídica», en *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar*, núm. 41, Ed. Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, Julio\_2010.

- *Nuevo Código Penal al alcance de todos*, Cap. III, Ed. Popular, 7ª ed., Madrid, 2005.
- «La ley de responsabilidad penal de los menores: cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso», en *Curso sobre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000.
- *La infancia en conflicto social. Tratamiento socio-jurídico*, Ed. Cáritas Española, Madrid, 1998.

SERRANO MAÍLLO, A.: «Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 1995.

SERRANO MOLINA, A.: *Los menores en el Derecho español*. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

SHAPIRO, T.; HERTZIG, M. E.: «Desarrollo normal en la infancia y la adolescencia». En: HALS, R. E.; YUDOFKY, S. C.; TALBOTT, J. A.: *Tratado de Psiquiatría*, Ed. Áncora, Barcelona, 1996.

SIEGEL, L. J.: *Criminology: Theories, patterns and typologies*, Ed. West Publishing Company, 11ª ed., CengageBrain User, USA, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, 3ª ed. ampliada, Buenos Aires, 2011.

- «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 45, Madrid, 1997.
- «El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)», en *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- «La política criminal ante el hecho penalmente jurídico cometido por un menor de edad», en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes dieciséis a dieciocho años*, Studia Iuridica, núm. 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, Noviembre\_1994.
- «La finalidad resocializadora del Derecho penal», en *Cuadernos jurídicos*, Año 2, núm. 9, Barcelona, Junio\_1993.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

SMITH, S. J.: «Crime in the news», en *The British Journal of Criminology*, vol. 24(3), Ed. Oxford University Press, Oxford, Julio\_1984.

SOBERANES DÍEZ, J. M.: «Educación escolarizada vs. educación en casa. Reflexiones sobre la sentencia *homeschooling* del Tribunal Constitucional español», en *Cuest. Const.*, núm. 25, Universidad Panamericana, Méjico, Julio-Diciembre\_2011.

Disponible en Internet:

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932011000200013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932011000200013&script=sci_arttext). Fecha de consulta: 3/4/2014.

SOLÍS QUIROGA, H.: «Historia general del tratamiento a los menores infractores o delincuentes», en *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 2, Vol. 27, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Mayo-Agosto\_1965.

SOTO NAVARRO, S.: «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-09, Julio\_2005. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>. Fecha de consulta: 10/02/2013.

TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Responsabilidad penal de los menores», en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

TONIONI, F.: *Cuando Internet se convierte en una droga. Lo que los padres deben saber*, Roma, 2011.

TORO PEÑA, J. A.: «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000». En: GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E. (Coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Cap. IX, Consejo General del Poder Judicial, núm. 9, Madrid, 2000.

URBANO CASTRILLO, E.; DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *La responsabilidad penal de los menores (Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

URRA PORTILLO, J.: *Niños y no tan niños*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1998.

VAELLO ESQUERDO, E.: «Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La ley*, Secc. Doctrina, ref. D-141, t. 5, Ed. La Ley, Madrid, 2001.

VALBUENA GARCÍA, E.: «Una paulatina desnaturalización de la ley del menor», en *Revista Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 7/2008, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Los estados civiles», *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1995.

VAN GENNEP, A.: *Les rites de passages*, Librairie Critique Emilie Naurry, París, 1909 (Versión castellana: *Los ritos de paso*, Ed. Taurus, Madrid, 1986).

VARONA MARTÍNEZ, G.: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, Granada, 1998.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: «Modelos de Justicia Penal de Menores». VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRRAGA, M. D. (Eds.), *Derecho Penal Juvenil*, Colección: Estudios de criminología y política criminal, núm. 5, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2008.

- *Derecho Penal Juvenil Europeo*, Colección: Estudios de criminología y política criminal, núm. 4, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2005.

VENTAS SASTRE, R.: *La minoría de edad penal*. Tesis Doctoral. COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

- «La minoría de edad en el proceso de la codificación penal española (siglos XIX y XX)», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 77, EDERSA, Madrid, Mayo\_2002. Disponible en Internet: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/minoria-edad-codificacion-siglos-xix-193946>. Fecha de consulta: 30/05/2012.

- *Métodos alternativos de solución de conflictos*. En: GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), Universidad Rey Juan Carlos, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

VENTURA FACI, R.: «La justicia ante la violencia juvenil». RUIDIAZ GARCÍA, C. (Comp.): *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Ed. EDERSA, Madrid, 1998.

VIANA BALLESTER, C.: «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», en *Revista penal.com*, núm. 13, 2004. Disponible en Internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/198/192>. Fecha de consulta: 29/04/2013.

VIDAL HERRERO-VIOR, M. S.: «Justicia reparadora y Derecho penal juvenil. El Juez mediador y la función pacificadora del Derecho». MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Abstract, Formato Póster, X Congreso Español de Criminología, Universidad de Granada – Sociedad Española de Investigación Criminológica, Granada, 7 a 9 de mayo de 2014.

- «El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar vinculado a la utilización de las TICs por el menor de edad». LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.), Abstract, Congreso Internacional sobre Constitución y Derecho de familia, IDADFE, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Comité Científico Investigador, Madrid, 25 a 27 de septiembre de 2013. Disponible en Internet: <http://www.canal.uned.es/mmobj/index/id/15153>.
- «Factores de riesgo asociados a la delincuencia juvenil *on line*», en *Libro de Actas. VII Congreso (Inter)Nacional de Psicología Jurídica y Forense. Madrid, 14-16 de Febrero de 2013*. VV.AA. (Eds.), Ed. Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, Santiago de Compostela, 2013 (ISBN: 978-84-616-2891-9).
- «Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», en *Estudios e Investigaciones 2010*, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Ed. Asamblea de Madrid, Madrid, Diciembre\_2011. (ISBN: 978-84-695-3762-6).
- «Carácter público del Derecho penal vs. gestión privada de los centros de reforma de menores», en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 11-12, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010.

VILAR BADÍA, R.: «La legislación penal de menores y su inaplazable reforma», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 40, Ed. Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1990.

VIVES ANTÓN, T. S.: «Sobre la dignidad del sistema jurídico», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 1, Valencia, Septiembre 2011\_Febrero 2012. Disponible en Internet: [http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/03/Eunomia\\_1\\_completo.pdf](http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/03/Eunomia_1_completo.pdf). Fecha de consulta: 19/04/2013.

- *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 1999.
- *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- «Constitución y Derecho penal de menores», en *Poder Judicial*, núm. 21, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

VIVES VILLAMAZARES, F.: «Los Tribunales Tutelares de Menores y las Magistraturas Tutelares de Menores», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1013, Madrid, Febrero\_1975.

VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (Trad. a la 20ª ed. alemana), Valetta Ediciones SRL, 1ª ed., Florida, 2007.

VV. AA.: «Protocolo de mediación penal. La mediación penal en el sistema de justicia. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial». CARRASCOSA MIGUEL, A. (Coord.), en *Revista del Poder Judicial*, Separata, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1990.

VV. AA.: *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*. BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (Coord.), Ed. Dykinson, Madrid, 2014.



WALTER, M.: «Die Krise der Jugend und die Antwort des Strafrechts», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 4, Vol. 113, Ed. Walter Mouton de Gruyter, Berlin, 2001.

WRIGHT, M.: «Justice for victims and offenders. A restorative response to crime», en *Waterside Press*, 2ª ed., Winchester, 1996.

WYMAN, O.: *Libro Blanco de los contenidos digitales en España 2008*, Ed. Red.es, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, Enero\_2009. Disponible en Internet: <https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/1233569673805.pdf>. Fecha de consulta: 12/12/2013.

ZARAGÜETA BENGOCHEA, J.: *Pedagogía Fundamental*, Ed. Labor, Madrid-Barcelona, 1953.

ZARANDIETA MIRABENT, E.; ANGUERA DE SOJO, J.: *De criminalidad juvenil*, Ed. Mundo penal, Madrid, 1917.

## **NORMATIVA**

### **1. Normativa española.**

Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1648, Madrid, 1995.

Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.

Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 7 de abril de 1997, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997.

Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia de Menores, de 28 de octubre de 1997, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 144-1 (BOCG, de 3 de noviembre de 1998).

Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor, de 1 de marzo de 1997, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1771, Madrid, 1996.

Código Civil, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 (GAZETA DE MADRID, de 25 de julio).

Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945 (GAZETA).

Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822, sancionado y mandado promulgar el 9 de julio de 1822.

Código Penal de 1848. Sancionado el 19 de marzo de 1848.

Código Penal de 1850. Reformado según Real Decreto de 30 de junio de 1850 (GAZETA DE MADRID, de 10 a 19 de julio).

Código Penal de 1870, aprobado por la Ley de 1 de junio de 1870 (Suplemento a la GAZETA DE MADRID, de 31 de agosto).

Código Penal de 1928, aprobado por el Real Decreto-ley de 8 de septiembre de 1928 (GAZETA DE MADRID, de 9 de septiembre).

Código Penal de 1932, aprobado por la Ley de 27 de octubre de 1932 (GAZETA DE MADRID, de 28 de octubre).

Código Penal de 1944, aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1944 (GAZETA DE MADRID, de 24 de diciembre).

Código Penal de 1963, aprobado por Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto Revisado de 1963» del Código Penal (BOE núm. 84, de 8 de abril).

Código Penal de 1973, aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre).

Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 281, de 24 de noviembre; rect. BOE núm. 54, de 2 de marzo).

Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 152, de 23 de junio).

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre).

Constitución Política de la Monarquía Española. Cortes de Cádiz, 19 de marzo de 1812 (GAZETA DE MADRID).

Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su aplicación (BOE núm. 201, de 19 de julio).

Decreto 1480/1968, de 11 de julio, por el que se modifican determinados artículos del Texto Refundido de la legislación sobre protección de menores, aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948 (BOE núm. 166, de 11 de julio).

Decreto 3457/1969, de 19 de diciembre, por el que se modifica el Estatuto de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores (BOE núm. 28, de 2 de febrero).

Decreto 414/1976, de 26 de febrero, por el que se modifican determinados artículos de los Decretos de 2 de julio y 11 de junio de 1948 (BOE núm. 60, de 10 de marzo).

Decreto 62/2005, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (BOCM, de 12 de julio de 2005).

Ley de 4 de agosto de 1933, de Vagos y Maleantes (GAZETA DE MADRID, de 5 de agosto).

Ley de 29 de marzo de 1941, de Seguridad del Estado (GAZETA DE MADRID, de 30 de marzo).

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (BOE núm. 187, de 6 de agosto).

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11, de 13 de enero); modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo (BOE núm. 126, de 27 de mayo).

Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (BOE núm. 313, de 30 de diciembre).

Ley 3/1992, de 20 de marzo, sobre medidas de corrección de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (BOE núm. 70, de 21 de marzo).

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 83, de 7 de abril; BOE núm. 183, de 2 de agosto).

Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia (BOCM núm.156, de 2 de julio; núm. 261, de 29 de octubre).

Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 169, de 17 de julio; BOE núm. 284, de 25 de noviembre); derogada por la Ley 3/2012, de 12 de junio, de Supresión del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (BOE núm. 247, de 13 de octubre; BOCM núm. 155, de 30 de junio de 2012).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero); texto adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE núm. 245, de 11 de octubre); con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 56, de 6 de marzo).

Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio).

Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (BOCM, de 14 de diciembre de 2004).

Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 243, de 10 de octubre).

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79, de 1 de abril).

Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, de Tribunales Tutelares de Menores (GAZETA DE MADRID, de 15 de agosto). Desarrollada por el Real Decreto de 25 de noviembre de 1918, sobre Organización y Atribuciones de Tribunales para Niños (GAZETA DE MADRID, de 27 de noviembre).

Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (GAZETA DE MADRID, de 17 de septiembre); modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial (BOE núm. 266, de 4 de noviembre).

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE núm. 239, de 5 de octubre).

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre).

Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar (BOE núm. 280, de 21 de noviembre).

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal (BOE núm. 152, de 27 de junio).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio; rect. BOE núm. 264, de 4 de noviembre); modificada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial (BOE núm. 266, de 4 de noviembre).

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE núm. 296, de 11 de diciembre).

Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (BOE núm. 140, de 11 junio).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero).

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 104, de 1 de mayo).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE núm. 11, de 13 de enero).

Ley Orgánica 7/2000, de 22 diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE núm. 307, de 23 de diciembre).

Ley Orgánica 9/2000, de 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 307, de 23 de diciembre).

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE núm. 296, de 11 de diciembre).

Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE núm. 156, de 1 de julio).

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 164, de 10 de julio).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre).

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 290, de 5 de diciembre).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio).

Ordenanza General de los Presidios del Reino, aprobada mediante Orden de 14 de abril de 1834. Disponible en Internet: <http://amep.org.es/wp-content/uploads/2012/files/OGPR1834.pdf>. Fecha de consulta: 4/12/2011.

Proposición de Ley 122/000055, Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 26 de noviembre de 1996, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 71-1 (BOCG, de 29 de noviembre de 1996).

Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 3 de noviembre de 1998, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Seria A, núm. 144-1 (BOCG, de 3 noviembre de 1998).



Real Decreto 3471/2000, de 29 de diciembre, por el que se dispone la constitución del Juzgado Central de Menores correspondiente a la programación del año 2001 (BOE núm. 313, de 30 de diciembre).

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008).

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE núm. 40, de 15 de febrero); modificado por Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo (BOE núm. 73, de 26 de marzo).

Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE núm. 162, de 7 de julio).

Real Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1925 (GAZETA DE MADRID, de 15 de noviembre).

Real Decreto-Ley y su Reglamento de 3 de febrero de 1929, sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales Tutelares de Menores (GAZETA DE MADRID, de 7 de febrero).

Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aprobado mediante Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (BOE núm. 209, de 30 de agosto).

## **2. Normativa internacional.**

COMISIÓN EUROPEA: Directiva 2002/77/CE, de la Comisión Europea, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

- Informe de la Comisión, basado en el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2004) 54 final, de 3 de febrero de 2004).
- Informe de la Comisión, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2009) 166 final, de 20 de abril de 2009).

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Anexo de la Resolución 1997/30, de 21 de julio de 1997, sobre Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal.

- Dictamen 2006/C 110/13, de 15 de marzo de 2006, sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea» (DOCE C110/75, de 9 de mayo de 2006).
- Resolución 2002/12, sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

CONSEJO DE EUROPA: Convenio nº 201 para la protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007. Firmado y ratificado por España mediante Instrumento de 4 de noviembre de 2010 (BOE núm. 274, de 12 de noviembre).

- Convenio Europeo nº 55 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Firmado y ratificado por España el 10 de octubre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).
- Convenio Europeo nº 116 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de 24 de noviembre de 1983. Firmado y ratificado por España el 20 de octubre de 2001 (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2001).

- Convenio Europeo nº 185 sobre *Cibercriminalidad*, de 23 de noviembre de 2001. Firmado por España el 23 de noviembre de 2001, y ratificado por Instrumento de 14 de septiembre de 2010 (BOE núm. 226, de 17 septiembre).
  
- Convenio Europeo nº 197, de 16 de mayo de 2005, sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Firmado por España el 9 de julio de 2008, y ratificado por Instrumento de 1 de agosto de 2009 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre).
  
- Decisión 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (DOCE núm. L 138/1, de 9 de junio de 2000). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:138:0001:0004:ES:PD>  
F. Fecha de consulta: 4/2/2014.
  
- Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOCE L 82/1, de 22 de marzo de 2001). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PD>  
F. Fecha de consulta: 4/2/2014.
  
- Decisión Marco del Consejo 2001/427/JAI, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una red europea de prevención de la delincuencia (DOCE L 153, de 8 de junio de 2001). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:153:0001:0003:ES:PD>  
F. Fecha de consulta: 4/2/2014.
  
- Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (DOCE L 203/1, de 1 de agosto de 2002). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0001:0004:ES:PD>  
F. Fecha de consulta: 4/2/2014.
  
- Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DOUE L 013,

de 20 de enero de 2004). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:ES:HTML>.

Fecha de consulta: 4/2/2014.

- Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información (DOUE L 69/67, de 16 de marzo de 2005). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:069:0067:0071:ES:PDF>.  
F. Fecha de consulta: 4/2/2014.
- Decisión Marco 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (DOUE núm. L 335/1, de 17 de diciembre de 2011), y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DOUE núm. L 13, de 20 de enero de 2004). Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:ES:PDF>.  
F. Fecha de consulta: 4/2/2014.
- Estatuto del Consejo de Europa (núm. 001), Londres 5 de mayo de 1949. Ratificado mediante Instrumento de Adhesión de 24 de noviembre de 1977 (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1978).
- Recomendación R(85) 11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/03/2014.
- Recomendación R(87) 20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Adoptada por el Comité de Ministros durante la 410ª reunión de los Delegados de los Ministros. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.

- Recomendación R(87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 5/03/2014.
- Recomendación R(88) 6, de 18 de abril de 1988, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Recomendación R(89) 9, de 13 de septiembre de 1989, sobre delitos en la informática. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 30/1/2014.
- Recomendación R(90) 1121, de 1 de febrero de 1990, relativa a los derechos de la infancia. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Recomendación R(99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 5/03/2014.
- Recomendación R(2001)16, de 31 de octubre de 2001, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 4/2/2014.
- Recomendación R(2003) 20, de 24 de septiembre de 2003, sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/10/2013.
- Recomendación (2006) 2, de 11 de enero de 2006, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006. Disponible en Internet: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). Fecha de consulta: 19/12/2013.

- Recomendación R(2008) 11, de 5 de noviembre de 2008, sobre Reglas europeas para menores sujetos a sanciones o medidas. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Resolución (76) 10, de 9 de marzo de 1976, sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Disponible en Internet: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=592096&SecMode=1&DocId=653466&Usage=2>. Fecha de consulta: 5/03/2014.
- Resolución (77) 27, de 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito. Disponible en Internet: <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi10.htm>. Fecha de consulta: 12/03/2014.
- Resolución (78) 62, de 29 de noviembre de 1978, sobre la delincuencia juvenil y la transformación social. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Resolución (85) 11, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y el derecho penal. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 5/03/2014.
- Resolución (96) 1099, de 25 de septiembre de 1996, relativa a la explotación sexual de los niños. Disponible en Internet: <http://www.coe.int/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: Resolución 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957 y Resolución 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

- Dictamen 2006/C 110/13, sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea (DOUE C 110/75, de 9 de mayo de 2006). Disponible en Internet: <http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:110:0075:0082:ES:PD](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:110:0075:0082:ES:PD)

F. Fecha de consulta: 01/03/2014.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789.  
Ratificada por el rey de Francia Luis XVI el 5 de octubre de 1789.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Ginebra, 22 August-3 September 1955, United Nations, A/CONF.6/1, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° 663 C (XXIV) and n° 2076 (LXII), May\_1956. Disponible en Internet:

[http://www.asc41.com/UN\\_congress/Spanish/1S%20Primer%20Congreso/A\\_CONF6\\_INF1.pdf](http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/1S%20Primer%20Congreso/A_CONF6_INF1.pdf). Fecha de consulta: 10/10/2012.

- *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, London, 8-19 August 1960, United Nations, A/CONF.17/20, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° 61.IV.3, New York\_1961. Disponible en Internet: [http://www.asc41.com/UN\\_congress/Spanish/2S%20Segundo%20Congreso/A\\_CONF17\\_20.pdf](http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/2S%20Segundo%20Congreso/A_CONF17_20.pdf). Fecha de consulta: 10/10/2012.

- *Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Caracas (Venezuela), 25 August-5 September 1980, United Nations, A/CONF.87/14/Rev.1, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° E 81.IV.4, New York\_1981. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.

- *Eleventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Bangkok, 18-25 April 2005, United Nations, A/CONF.203/18, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication, Sales n° 05.IV.7, New York\_2006. Disponible en Internet: <http://www.unis.unvienna.org/pdf/uniscp509e.pdf>. Fecha de consulta: 27/02/2014.

- *Twelveth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Salvador de Bahía, 12-19 April 2010*, United Nations, A/CONF.213/18, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Publication. Disponible en Internet: [http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A\\_CONF.213\\_18/V1053831s.pdf](http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_18/V1053831s.pdf).  
Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).
- Convención sobre los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- Declaración de los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XV), de 20 de noviembre de 1959. Disponible en Internet: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386\(XIV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386(XIV)). Fecha de consulta: 21/03/2014.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Observación General núm. 10 (2007) a la Convención sobre los Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, de Ginebra\_2007. Disponible en Internet: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc). Fecha de consulta: 01/03/2014.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. En vigor



el 23 de marzo de 1976. Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Aprobado por la Asamblea General en su resolución 54/263, de 25 de mayo de 2000. Ratificado por España el 31 de enero de 2000 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002).
- Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, sobre Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, de la Asamblea General («Reglas de Beijing»). Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Disponible en Internet: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/21/IMG/NR048521.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: 12/03/2014.
- Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, por la que se aprueba el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de la Asamblea General. Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, sobre Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad, de la Asamblea General («Reglas de Tokio»). Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, sobre Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de la Asamblea General («Directrices de Riad»). Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.

- Resolución 45/113, de 14 diciembre 1990, para la protección de los menores privados de libertad, de la Asamblea General («Reglas de La Habana»). Disponible en Internet: <http://www.un.org/es/>. Fecha de consulta: 10/10/2012.
- Resolución A/RES/60/252, de 27 de marzo, de proclamación del día internacional de la Sociedad de la Información. Disponible en Internet: <http://www.itu.int/wsis/docs/background/resolutions/60-252-es.pdf>. Fecha de consulta: 20/01/2014.

PARLAMENTO EUROPEO: Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, aprobada por el Parlamento Europeo, a través de la Resolución A 3-0172/92 (DOCE núm. C 241, de 21 septiembre 1992).

- Propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo, sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea (2003/2188/INI). Disponible en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A5-2004-0094&language=ES>. Fecha de consulta: 01/03/2014.
- Resolución de 20 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil – el papel de las mujeres, la familia y la sociedad (2007/2011/INI). Disponible en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0283+0+DOC+XML+V0//ES>. Fecha de consulta: 01/03/2014.
- Resolución A3-0172/92, de 8 de julio, sobre una Carta europea sobre los derechos del niño (DOCE C 241, de 21 de septiembre de 1992).

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. Jurisprudencia de ámbito internacional.**

#### **1.1. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.**

- Case Breed v. Jones (421 U.S. 519, 1975). Disponible en Internet: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/421/421.US.519.73-1995.html> . Fecha de consulta: 19/04/2013.
- Case McKeiver v. Pennsylvania (403 U.S. 528, 1971). Disponible en Internet: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/403/403.US.528.128.322.html> . Fecha de consulta: 19/04/2013.
- Case Gault v. United States (397 U.S. 358, 1969). Disponible en Internet: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/397/397.US.358.778.html> . Fecha de consulta: 19/04/2013.
- Case Kent v. United States (383 U.S. 541, 1966). Disponible en Internet: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/383/383.US.541.104.html> . Fecha de consulta: 19/04/2013.

#### **1.2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

- Caso Bouamar c. Bélgica. S. de 29 de febrero de 1988 (A-129).

### **2. Jurisprudencia de ámbito nacional.**

#### **2.1. Audiencias Provinciales.**

- AAP Madrid núm. 31/2002 (Secc. Cuarta), de 10 de mayo [EDJ 2002/136024].

## 2.2. Tribunal Supremo.

- STS núm. 51/2009 (Sala Segunda), de 27 de enero [RJ 2009/1390].
- STS núm. 745/2008 (Sala Segunda), de 25 de noviembre [LA LEY 189408/2008].
- STS núm. 508/2007 (Sala Segunda), de 13 de junio [LA LEY 51961/2007].
- STS núm. 502/2007 (Sala Segunda), de 4 de junio [LA LEY 51955/2007].
- STS 809/2007 (Sala Segunda), de 11 de octubre de 2007. Disponible en Internet: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Fecha de consulta: 14/03/2014.
- STS núm. 913/2006 (Sala Segunda), de 20 de septiembre [RJ 2006/6401].
- STS núm. 1177/2003 (Sala Segunda), de 12 de septiembre [RJ 2003/6456].
- STS núm. 241/2003 (Sala Segunda), de 11 de febrero [RJ 2003/2811].
- STS núm. 3303/1993 (Sala Segunda), de 14 de julio [LA LEY 9018/1993].

## 2.3. Tribunal Constitucional.

- ATC núm. 148/1999, de 14 de junio. Disponible en Internet: [http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/AUTO/1999/148#complete\\_resolucion](http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/AUTO/1999/148#complete_resolucion). Fecha de consulta: 31/03/2014.
- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1001/1988.
- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 669/1990.

- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 291/1990.
- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2151/1990.
- STC núm. 73/1982, de 2 de diciembre [RTC 1982/73].
- STC núm. 110/1984, de 26 de noviembre [RTC 1984/110].
- STC núm. 159/1985, de 27 de noviembre [RTC 1985/159].
- STC núm. 23/1986, de 14 de febrero [RTC 1986/23].
- STC núm. 21/1987, de 19 de febrero [RTC 1987/21].
- STC núm. 89/1987, de 3 de junio [RTC 1987/89].
- STC núm. 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988/231].
- STC núm. 62/1990 (Pleno), de 30 de marzo [LA LEY 1226/1990].
- STC núm. 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero [LA LEY 1653/1991].
- STC núm. 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991/197].
- STC núm. 211/1993, de 28 de junio [LA LEY 2244/1993].
- STC núm. 254/1993, de 20 de julio [RTC 1993/254].
- STC núm. 56/1994, de 24 de febrero [RTC 1994/56].
- STC núm. 143/1994, de 9 de mayo [RTC 1994/143].
- STC núm. 60/1995 (Pleno), de 17 de marzo [LA LEY 13061/1995].

- STC núm. 61/1998, de 17 de marzo [LA LEY 4211/1998].
- STC núm. 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999/134].
- STC núm. 144/1999, de 22 de julio [RTC 1999/144].
- STC núm. 115/2000, de 10 de mayo [RTC 2000/115].
- STC núm. 292/2000 (Pleno), de 30 noviembre [RTC 2000/292].